

105 12
Nº 28
ENE-ABRIL
1976

Director

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez(*)



4 DIAS

19 MAYO 1982

* Profesor Asociado de la Universidad de Costa Rica. - Director de la Sección de Derecho Público del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho. - Tiene a su cargo las Cátedras de Licitaciones, y Contratos Administrativos; y, de Derecho Público.



CA

COLEGIO DE ABOGADOS

12 MAR 2012

CA

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

No. 28



SAN JOSE, COSTA RICA
ENERO - ABRIL
1976



310 B
Nº 28
ENE-ABR
1976
REVIS 5813



AUTORIDADES UNIVERSITARIAS

- | | |
|--|---|
| Presidente a. i. Consejo Universitario:
<i>Ing. Walter Sagot</i> | Vice Rector de Admistración:
<i>Lic. Luis Torres</i> |
| Rector:
<i>Dr. Claudio Gutiérrez</i> | Vice Rector de Docencia:
<i>Dr. Guillermo Chaverri</i> |
| Vice Rector Vida Estudiantil:
<i>Lic. Luis F. Mayorga</i> | Decano de la Facultad de Derecho:
<i>Lic. Eduardo Ortiz Ortiz</i> |
| Vice Rector de Investigación:
<i>Dr. Manuel Murillo</i> | Vice Decano de la Facultad de Derecho:
<i>Dr. Fernando Mora</i> |
| Vice Rectora de Acción Social:
<i>Lic. María E. Dengo de Vargas</i> | Coordinador de la Comisión Editorial
Universitaria y del Sistema de
Estudios de Post Grado:
<i>Dr. Fernando Durán A.</i> |



JUNTA DIRECTIVA DEL COLEGIO DE ABOGADOS

- | | |
|--|---|
| Presidente:
<i>Lic. Edgar Cervantes Villalta</i> | Vocal:
<i>Lic. Carlos Urbina Fernández</i> |
| Vice Presidente:
<i>Lic. Antonio Biolley Riotte</i> | Vocal:
<i>Lic. Rodolfo Coto Pacheco</i> |
| Secretaria:
<i>Lic. Elizabeth Odio Benito</i> | Vocal:
<i>Lic. Rolando Chacón Murillo</i> |
| Pro Secretario:
<i>Lic. Fernando Albertazzi Herrera</i> | Vocal:
<i>Lic. Eduardo Aguilar Bloise</i> |
| Tesorero:
<i>Lic. Andrés Benavides Dobles</i> | Vocal:
<i>Lic. Mario Gölcher Avendaño</i> |
| Fiscal:
<i>Lic. Francisco Villa Jiménez</i> | |



PRESENTACION

Este número 28 de la "Revista de Ciencias Jurídicas" contiene las ponencias aprobadas en el Congreso Jurídico Nacional de 1975.

Representa la reflexión de los juristas costarricenses sobre aspectos considerados de interés al tenor de reformas o cambios estimados dignos de llevarse a cabo en el Ordenamiento legal del país.

Los temas seleccionados para ser objeto de debate y consideración en el Congreso citado, fueron confrontados con la realidad en la cual vienen estando inmersos. Efectivamente, urgen de modificaciones y de adaptaciones a las nuevas modalidades que las condiciones sociales le van imponiendo al Derecho.

Ya en el texto mismo de cada ponencia, el lector podrá indagar acerca de los alcances, profundidad y naturaleza de la correspondiente recomendación e idea cuestionada.

En el fondo, lo que implica una reunión de juristas como la indicada, es el interminable problema de la relación de la sociedad con el derecho; y, el otro aspecto más complejo y lleno de supuestos y juicios de valor: derecho y cambio social.

Frente a este tópico del cambio social y la norma jurídica, se han dado una serie de respuestas no del todo satisfactorias. Claro está, que pensar en posiciones que dejen sin dudas ni lagunas a los terceros interesados en el problema, es algo absurdo, máxime en un tema como el planteado en el cual, generalmente, los supuestos de partida están teñidos de juicios de valor y de posturas personales.

Por supuesto, que ello no obsta para que no dejemos expresado nuestro convencional y subjetivo parecer con relación a las modificaciones de la sociedad y el impacto del derecho sobre ellas. Cabelmente hay que empezar diciendo que, a nivel empírico o de campo, no se han hecho trabajos de investigación que nos den una precisa y bien ordenada sistematización de esas relaciones recíprocas entre el nivel social y el nivel jurídico. Se tienen algunas tesis de partida, pero el problema consiste en la comprobación de la realidad de ciertas apreciaciones personales que se puedan tener al respecto. Por ejemplo, se tienen la intuición de que los cambios en la sociedad producen variaciones en el ordenamiento jurídico; y, viceversa. Sin

embargo, la pregunta de fondo puede ser redactada en estos términos: qué se sabe, ciertamente, de la doble implicación de variabilidad entre sociedad y derecho? Aún más, amplíemos el radio de acción de las preguntas. Así, digamos: todo cambio en el derecho produce los efectos deseados y queridos —por la modificación de la norma— sobre la realidad afectada por esa modificación jurídica? Cómo responde la realidad social ante cambios en la legislación? Cómo determinar si una modificación legislativa está produciendo los efectos queridos? En otras palabras, cómo tener la certeza de que se requieren tales o cuales cambios en el derecho, y no otros, de diversa naturaleza? En fin, las interrogantes podrían multiplicarse indefinidamente. Pero de lo que se trata es de cuestionarse la eficacia del derecho para resolver los problemas de la comunidad a la cual va orientado a regular. En este sentido, las ponencias publicadas recogen la experiencia y el batallar cotidiano de los juristas con la legislación y la realidad. Por ello, uno de los muchos aspectos positivos del señalado Congreso, es el de permitir detectar las fallas del funcionamiento de determinadas normas de derecho. Para eso, pensamos, por el momento, en las argumentaciones dadas con relación a la normativa familiar, al papel de la mujer en la política nacional y municipal, a los usos y abusos de las sociedades anónimas con acciones al portador, al rol de los derechos humanos en una sociedad que tiende a deshumanizarse cada vez más, el control de la responsabilidad médica, etc. En todas estas ponencias se dieron elementos de juicio extraídos de la experiencia, de la cotidianidad, del referente empírico. El abogado que llevó sus inquietudes a la discusión con sus colegas, presentó su cuadro de la situación montado en su experiencia personal, en su vivencia profesional, con lo cual se le da un soporte consistente a la tesis esgrimida o a la idea expuesta, aunque, lógicamente, también en sus exposiciones y sus argumentaciones verbales y escritas, iban sus prejuicios, sus creencias...; es decir, sus marcos de referencia mentales, ese tamiz de lo experimentado en el diario vivir. Eso sí, mantienen, al igual que las ponencias en el campo notarial, su valor como testimonios calificados, en la dimensión profesional.

Es menester preguntarse, también, por el futuro de las ponencias. Las tesis presentadas en ellas, serán plasmadas en normas de derecho?; o, por el contrario, quedarán como una buena intención de un grupo de juristas nacionales? Probablemente, esto sólo lo dirá el tiempo en su devenir ineluctable.

Por lo que respecta a las comisiones de trabajo del mencionado Congreso, las mismas se dividieron de conformidad con la temática siguiente: igualdad ante la ley, en la cual se discutieron varias ponencias sobre el impacto de la mujer en la esfera política del país; y, aspectos relevantes del Derecho de Familia. En esta comisión se discutió en profundidad sobre la, relativa, poca influencia de la mujer en los procesos políticos nacionales y locales, concretamente en lo que respecta a la ocupación de puestos de diputado y de miembro del Concejo Municipal. Asimismo, se llamó la atención sobre la ne-

cesidad que tiene nuestro Ordenamiento Jurídico de contar con una normativa relativa al procedimiento administrativo y judicial en materia de Derecho de Familia, sin cuya regulación el actual Código —de esta área jurídica— conlleva serias limitaciones y lagunas. En lo que se refiere a la relación entre “mujer y política”, cabe apuntar que sin duda alguna, las estructuras de los partidos políticos (y su correlativa tendencia a la “oligarquización”, como llamó Robert Michels a ese fenómeno de concentración de poder en una élite dirigente dentro del grupo social citado) tendrán que reaccionar frente a la participación de la mujer como electora, concediéndole una apertura favorable al nombramiento del “segundo sexo” (como califica Simone de Beauvoir a la mujer) dentro del engranaje del partido político. Este cambio de actitud y de estrategia por parte de esta organización social, puede responder, por supuesto, a la presión de la mujer y al reclamo de sus derechos a ser electa en un sistema democrático liberal. Por el momento, y de cara a las elecciones de 1978, parece que el sexo femenino seguirá sirviendo como reclutas electorales; pero no, sustancialmente, como detentadoras de “locus politicus”, como miembros destacados de los cuadros dirigentes del partido. Ello podría explicarse, parcialmente, por la marginalidad femenina; es decir, por la hegemonía del varón en la vida pública; sin embargo, el desarrollo histórico de los denominados “países ricos”, ha mostrado que paralelamente a los procesos de modernización, urbanización y crecimiento económico, la marginalidad de la mujer de las estructuras y procesos sociales tiende a disminuir. Es probable que en nuestro país ocurra lo mismo.

De toda suerte el papel de la mujer en la política y en los procesos de oligarquización de los partidos políticos es de suyo llamativo y polémico, dado el conjunto de prejuicios y estereotipos que entran en juego al momento de elaborar un análisis sobre este tema.

Por lo que atañe a la emisión de un código administrativo y judicial relativo al derecho de familia, cabe destacar que las probabilidades de que sean una realidad como normas jurídicas depende de una serie de factores políticos y sociales, lo cual hace pensar en los estrechos márgenes que tiene esta tesis para ser convertida en Ley. Claro está, que nuestra postura es favorable a dicha promulgación legislativa; pero, llamamos la atención sobre los obstáculos, de todo orden, que habría que vencer para que de la Asamblea Legislativa saliera tal normativa.

Realmente, el poner sobre el tapete de discusión la problemática de la “igualdad ante la ley”, significa reflexionar sobre la estructura formal del Derecho y acerca del formalismo jurídico. Ya se sabe que el Derecho no actúa sobre la realidad social cual chamán, brujo o mago. Es decir, la creencia de que la Ley opera como si fuera una varita mágica que ordena la realidad social y la acomoda a su requerimiento, hace tiempo fue desechada, pues se ha llegado al convencimiento que las leyes se orienten hacia el mundo real con los efectos, que sólo la aplicación contante de tales normas forjarán de una determinada manera.

Otra comisión se encargó del problema de la responsabilidad médica. Fruto del estudio de este grupo de trabajo, fueron las ponencias referidas a la obligación, del servicio privado médico, de llevar un expediente clínico (“historia clínica”); al fortalecimiento del Departamento de Medicina Legal ubicado en el Poder Judicial, con las respectivas especializaciones en medicina de trabajo, de tránsito; y, de traumatología forense. Asimismo, se aprobó la ponencia correspondiente al acceso de los abogados a las historias clínicas de sus clientes; a la vez, que se recomendó, que los juicios ordinarios sobre responsabilidad civil de los responsables en medicina, sean de competencia de los juzgados civiles; y, en lo pertinente a la correlación entre las “acciones de salud y los derechos humanos”, se plantearon los aspectos más relevantes de esta temática, con el fin de hacer ver la importancia que tiene la puesta en marcha de lo que se podría denominar los derechos humanos en el campo de la salud; punto crucial, en países como el nuestro, pertenecientes a la zona subdesarrollada del mundo.

Sin duda alguna, este campo de la responsabilidad médica es muy llamativo para los juristas, ya que nuestra legislación presenta la característica de ser ayuna en un set de requerimientos mínimos que protejan al ser humano catalogado por la ideología médica como “paciente” o “enfermo”. Ello cobra relieves significativos cuando se piensa que no hay obligación para el ejercicio privado de la profesión médica de llevar el historial o expediente clínico de cada uno de los seres humanos que acuden en busca del citado servicio; lo cual, obviamente, es sumamente inconveniente. Así, también, es llamativa la circunstancia de que el abogado tenga una serie de entramientos para poder estudiar los expedientes clínicos de las instituciones hospitalarias o del “sistema institucional de organizaciones burocráticas médicas y para-médicas”.

Parece que hay acuerdo en el sentido de que la responsabilidad médica debe estar bajo fiscalización competente, pues de lo contrario, la irresponsabilidad, la negligencia, la incapacidad, etc., podrían provocar lesiones, daños y efectos negativos en seres humanos, sin una correspondiente “rendición de cuentas” del agente médico generador de esas consecuencias desfavorables sobre la salud y el patrimonio del calificado “paciente”.

En la medida en que un determinado profesional adquiere mayor poder social y mayor influencia social (“tiene en sus manos la vida de las personas”), no cabe duda de que se hace acreedor de una cuota específica de responsabilidad para con la comunidad, estableciéndose, así, los controles necesarios para que esa responsabilidad no sea ilusoria ni ingenuamente demandada.

Una tercera comisión se dedicó al tema de la protección de los derechos humanos en la nueva legislación procesal penal de nuestro país. En este grupo de trabajo se discutió vehemente sobre la importancia de los derechos humanos en el contexto más amplio del sistema político democrático liberal. Aquí, insoslayablemente, cabe



auscultar la realidad latinoamericana en la cual el hombre está preso en una red de gobiernos militares, para-militares y de estructura política totalitaria, lo cual ha hecho pensar en la vigencia de estilos de dominación sociopolítica de corte "neofacista" en versión del novo continente.

Siempre el administrado debe estar alerta en materia de derechos humanos, porque el Leviathan de Sir Thomas Hobbes es una perenne pesadilla para el particular atrapado en un Estado de Derecho, que a veces pareciera que se siente con el derecho de blandir el slogan "la razón de la fuerza" y no el de "la fuerza de la ratio iuris".

Otro grupo de estudio estuvo laborando en el tema de las sucesiones radicadas ante notario, en la cual se discutieron los problemas que afronta el notario con respecto a las sucesiones, acordándose que los notarios "tramitan, conozcan y resuelvan los juicios sucesorios no controvertidos". Esta medida es sumamente importante para darle mayor dinamicidad y agilidad a la vida jurídica de nuestro medio ambiente notarial y a darle el realce merecido al status del citado profesional.

Por lo que respecta a la comisión que abordó la temática de la reforma a la sociedad anónima, cabe precisar que los puntos cuestionados subrayan la significación de esta clase de empresa mercantil para el sistema capitalista. Pero, lo específico de la situación se comprende cuando se analizan las ponencias y se comprueba la distorsión y los abusos de la sociedad anónima en nuestra nación.

Sin duda, el desarrollo irregular de un amplio espectro de sociedades anónimas, radicadas en suelo nacional, ha gestado, de parte de los juristas, consideraciones referentes a una reforma integral de esta empresa comercial. Entre los aspectos planteados se comentó que existe una degeneración ridícula de la sociedad anónima (S. A.) en Costa Rica, en donde dos personas pueden constituir una S. A. con diez céntimos de capital, ya que el Código de Comercio no requiere de un mínimo de capital para fundar una empresa de ese tipo. Por otra parte, las minorías, los terceros, el Estado, por ejemplo, son afectados negativamente por la ausencia de controles efectivos en el proceso de constitución, de funcionamiento y de liquidación de una S. A. Señalándose que una serie de S. A. han sido forjadas para evadir responsabilidades civiles y tributarias, actuando esta empresa como vehículo de evasión de impuestos, como medio de dejar al cónyuge sin bienes que se puedan distribuir luego de un posible divorcio, como vía de escape para no pagar los cursos de la Universidad, etc., etc.

Esta deformación de la S. A., nacida históricamente para atraer grandes sumas de capital y multitud de capitalistas que invirtieran en el negocio de la conquista de América, v. gr., puede tener su explicación en el crecimiento de los modos de producción y las formas sociales y económicas del sistema capitalista, tan diversas —cuantitativa y cualitativamente—; máxime cuando se introduce en el análisis las estructuras económicas de los países superdesarrollados y aquellas pertenecientes a las naciones empobrecidas. Ahora bien, en nuestro país, la S. A. carece de regulaciones necesarias que le den confianza

al Estado y seguridad a los socios y terceros. Pensemos en lo correspondiente a los aumentos y disminuciones de capital, en el aspecto de las llamadas "participaciones", en la ausencia de controles reales sobre el pago de los aportes en dinero, la proliferación de S. A. ("crecen como hongos"), la inscripción de S. A. en el registro respectivo sin una correlativa referencia en el campo de los hechos, desperfectos en la fiscalización en la emisión de acciones; necesidad de control interno, de parte de los socios y de los órganos de la empresa, y control externo, por medio de organismos administrativos o judiciales; la necesidad de que se prohíba que la S. A. pueda comprar sus propias acciones, excepto en el caso de que lo haga con utilidades debidamente comprobadas, teniendo los socios prioridad para adquirirlas; publicidad de los estados financieros de la compañía, y así sucesivamente una cadena sin fin de puntos neurálgicos que pueden ser enunciados como ilustración de la situación irregular de la S. A. costarricense. Incluso, nuestro ordenamiento jurídico comercial facilita que al inversionista nacional o extranjero se le pueda presentar un conjunto de S. A. registradas para vendérselas, por supuesto con la ganancia derivada de haber hecho la diligencia de la inscripción previa. Esto refleja el grado de descontrol y de hipertrofia que ha sufrido la sociedad anónima (S. A.) en territorio nacional.

Todo lo anterior reclama una revisión global de la S. A. a muy corto plazo; probablemente, los grupos de presión, de interés y las fracciones de clases sociales que se están beneficiando con este lamentable estado de cosas en que se encuentra la S. A. (que de nacer con mucho capital y muchos capitalistas ha pasado a contar —a lo costarricense— con poco capital y pocos accionistas, como frecuentemente se da), se opondrán a cambios en la S. A.; pero, guardamos la esperanza —que es lo último en perderse— que de la Asamblea Legislativa salga una nueva y moderna legislación en esta área ius mercantil.

Lo anterior confirma la tesis de que el interés público sigue siendo relevante en el papel de la S. A. dentro de la comunidad; con lo cual, se recobra la fe —al menos en la dimensión psicológica— de la factibilidad del derecho de ser instrumentalizado como remedio a las patologías sociales, hasta donde su naturaleza y efectos pueden alcanzar.

Finalmente, la comisión de las cargas procesales en lo contencioso administrativo, tuvo la nota característica de conocer de un cúmulo de ponencias, discutidas en detalle. En este sector se recomendó que la garantía en costas, en los juicios contra el Estado, debían de ser eliminadas, por cuanto el interés público institucional debía estar por encima del interés privado de índole económica. Es decir, que la carga procesal de rendir la garantía de costas, en los citados juicios desalentaba, con mucha frecuencia, a los administrados a demandar a la Administración, con lo que se le causaba una lesión al Estado de Derecho, en la medida en que los particulares se veían obstaculizados en su deseo de demandar al Estado, debido a la

indicada carga procesal. Máxime cuando se toma en cuenta que esta carga tiene como finalidad principal asegurar el pago de los servicios profesionales al abogado de la parte victoriosa.

Eliminación de esa carga procesal, que viene a ser reforzada por el hecho de que las partes pueden renunciarla con sólo no exigirla en tiempo y hasta convenir con respecto a su monto y naturaleza. Además de ello, existe una odiosa ventaja en favor del Estado, pues está exento de rendir dicha garantía, mientras que al actor se le obliga a ello por montos económicos altos. Sin duda, que toda esta compleja circunstancia erosiona la legitimidad del Orden Legal y convierte en absurdo lo que debiera ser racional.

Así, se explica la recomendación que hizo el Congreso de que el Art. 100, inciso 6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, fuere modificado en el sentido de que se lea así: "no habrá lugar a exigir garantía de costas en juicios en que sea parte la Administración Pública".

A su vez, también, se aprobó que se reformara el art. 97 de la supracitada Ley, con el fin de que no se requiera la utilización del papel sellado en todas las gestiones, trámites y actuaciones que se hagan en la jurisdicción señalada y civil de hacienda. De esta manera el excesivo formalismo en esta clase de juicios tiende a ser debilitado, con el objeto de que los administrados puedan tener un acceso real y efectivo a la resolución de sus conflictos. A fortiori, cuando se recuerda que la creación de la mencionada sede jurisdiccional responde a proteger al particular del Estado y al logro de la fiscalización de la legalidad de la función administrativa del aparato estatal.

De esta manera, pues, ofrecemos en este número —a los estimables lectores— las ponencias aprobadas en plenario, como aquellas consideraciones, que sus autores, estimaron pertinentes para darle una fundamentación adecuada a sus propuestas. Esperamos que esta revista cumpla con su destino: la mejora sustancial de nuestro Derecho y nuestra Sociedad.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Director

DISCURSOS PRONUNCIADOS EN LA SESION INAUGURAL DEL III CONGRESO JURIDICO NACIONAL

(8 DE SETIEMBRE DE 1975)

DISCURSO DEL LIC. GONZALO FACIO SEGREDA, MINISTRO
DE RELACIONES EXTERIORES EN REPRESENTACION DEL
SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

Señor Presidente del Comité Organizador
del III Congreso Jurídico Nacional;
Distinguidos colegas, señoras y señores:

Le fue imposible al Señor Presidente de la República participar en esta sesión solemne del III Congreso Jurídico Nacional. Por ello me encomendó la misión de representarlo, y de extender a todos los colegas aquí presentes sus sinceros votos por la ventura personal de cada uno y por el éxito de las tareas que hoy se inician en este foro.

Vocación de Jurista:

Después de haber dedicado la mayor parte de mi vida adulta al ejercicio privado de mi profesión de abogado, hace ya cinco años que me encuentro alejado de ella, entregado, como lo he estado desde entonces, a las funciones de gobierno.

El tránsito de la actividad de abogado litigante y de consultor jurídico de empresas privadas, a la de funcionario público dedicado a fijar políticas de acción del Estado, lejos de disminuir mi vocación de jurista, la ha fortalecido, brindándome la oportunidad de abogar continuamente porque la actividad gubernamental se desenvuelva dentro del Estado de Derecho.

Los Diferentes Campos de Acción del Abogado:

La práctica de la profesión ofrece diferentes campos de acción para el abogado. Destacan entre ellos, el de la defensa de los intereses privados de los clientes, el de la administración de justicia, el de la enseñanza e investigación científicas del derecho, el de las actividades gremiales, y el de la acción político-jurídica.

La actividad profesional en cada uno de esos campos es importante, necesaria y respetable. En algunos casos puede y hasta debe ejercerse simultáneamente. Pero lo que no conviene ni a la profesión ni a la sociedad, ni al Estado, es mixtificar su ejercicio.

El jurista no tiene forzosamente que limitarse a un solo campo de actividad. Por el contrario, conviene que participe en varios y que inclusive los desborde e ingrese en otras esferas del quehacer humano, que no tienen que ver con lo jurídico. El país se ha beneficiado mucho con la participación de abogados en la dirección de empresas públicas y privadas.

En una sociedad libre y pluralista como la nuestra, se espera de los abogados, más que de los otros ciudadanos, que se interesen en los asuntos de la más variada naturaleza y que, al hacerlo, expresen libremente sus opiniones.

Lo que es censurable, repito, es la mixtificación y el engaño. Lo que es indebido es esconder la toga legítima y respetable del defensor de intereses privados, para disfrazarse de redentor social o de catón moral, utilizando para ello los instrumentos propios de la actividad gremial o científica, cuyas metas son bien distintas de las de la defensa patrimonial o personal de un cliente.

El Pretendido Deterioro de Nuestro Régimen de Derecho:

Frecuentemente se habla del deterioro de nuestro régimen de derecho. Incluso el Colegio de Abogados abordó recientemente el tema en un pronunciamiento oficial. Conviene, entonces, precisar el alcance de esta afirmación, ya que un deterioro real de nuestro régimen de derecho afectaría la esencia misma de la nacionalidad costarricense.

Algunos creen que el régimen de derecho se deteriora cuando éste se transforma ante los imperativos de un desarrollo económico-social acelerado. Otros, por el contrario, pensamos que el régimen de derecho podría deteriorarse cuando éste, a pesar de los esfuerzos y luchas políticas de los últimos años, aún se encuentra rezagado, y no responde a cabalidad a la misión de ser instrumento pacífico de cambio de la sociedad democrática contemporánea.

Para los primeros, el derecho y el orden legal constituyen una férrea coraza atada al pasado, y poco menos que al servicio incondicional de los grandes intereses económicos. Son los que establecen una relación de doble vía, y en opinión de ellos indisoluble, entre la democracia y el capitalismo. Son los que tildan de inconstitucional cualquier iniciativa que apunte hacia una evolución fundamental del orden establecido. Son los que desconocen que el futuro de la democracia no está en preservar determinado sistema de propiedad o de organización económica, sino en asegurar a todos los ciudadanos un régimen de libertad dentro del derecho, en el que la satisfacción de sus necesidades sea una realidad y no una mera ficción jurídica.

El Derecho como Instrumento de Cambio en la Democracia:

Democracia y capitalismo no son términos sinónimos. Como tampoco lo son socialismo y democracia. La democracia comprende el ré-

gimen político de la libertad, del acatamiento a la voluntad de las mayorías con respecto a las minorías, del cambio dentro de la juridicidad. El capitalismo o el socialismo tienen relación con la propiedad de los medios de producción y tráfico. La democracia no es estática. Su propia dinámica la lleva a una constante evolución hacia estadios siempre superiores, en donde el régimen de derecho sea reflejo de las auténticas aspiraciones de la comunidad políticamente organizada.

La vitalidad creadora que atribuyó al sistema democrático dentro del orden legal, es plenamente compatible con la Constitución Política, vigente, y expresa, a su vez, una de las tradiciones más esenciales de nuestra nacionalidad. Ese orden constitucional que nos rige desde 1949, ha posibilitado el desarrollo y la consolidación de un régimen social de economía mixta. Dentro de ese régimen nos hemos preocupado por preservar lo que de esencial nos viene del pasado y lo que heredamos con justo orgullo de la época liberal y civilista. Pero a su vez, ese orden constitucional exige cumplir la norma que nos obliga a "procurar el mayor bienestar de todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza".

Aunque no debamos darnos por satisfechos, los costarricenses podemos proclamar con orgullo que en las últimas décadas hemos realizado una profunda transformación económico-social, sin alterar el régimen de libertad inherente a nuestro sistema democrático. Hemos logrado lo que en nuestra América Latina convulsionada es casi un milagro: hacer compatible en alto grado las exigencias del desarrollo económico con las justas expectativas sociales de nuestro pueblo. Y, lo que es más importante, hemos realizado todo ese cambio con mentalidad de juristas, bajo el imperio del derecho, respetando el orden legal.

Los Nuevos Retos:

Sin embargo, el modelo de desarrollo social-demócrata que hemos utilizado durante los últimos veinticinco años, no puede permanecer inmutable. Una fuerte corriente de cambios se levanta desde allende y aquende nuestras fronteras, y muy pronto va a poner a prueba nuestro régimen jurídico. Debemos estar prestos para adaptarnos a las nuevas realidades, so pena de quedar rebasados.

Frente a esta nueva corriente surgirán entonces, al igual que en estos últimos veinticinco años, los juristas del viejo orden, aferrados a defender lo indefendible, pretendiendo con sus prejuicios que los abogados asuman el papel de anticuarios. Pero no triunfarán. No se puede nadar contra la corriente de la historia. No se puede contradecir lo que es esencial al régimen democrático que hemos construido los costarricenses a lo largo de nuestra vida republicana.

El derecho ha sido en nuestro medio, a pesar de no pocos abogados, un instrumento de cambio. Y lo seguirá siendo. Porque si algo

define el espíritu costarricense, es el anhelo generalizado de que el derecho sea norma efectiva de vida, savia vital que dé contenido a nuestra democracia, vertero que exige de nuestros ciudadanos la capacidad, la audacia y la imaginación suficientes para enfrentar la realidad y someterla a nuevas normas.

Nuestro Derecho Internacional:

Permitase que me refiera, para terminar, a la materia que está más cerca de las actividades propias de mi cargo: la del Derecho Internacional. He notado que, hasta el momento, la actividad jurídica internacional no ha sido objeto de atención de estos Congresos. Se acostumbra decir que la pequeñez de nuestro país determina la falta de interés de muchos de sus ciudadanos por el Derecho Internacional. Creo que debiera ser lo contrario: dada nuestra pequeñez, no podemos olvidarnos de lo internacional. Porque dependemos de ello para nuestra seguridad, para nuestro bienestar, para nuestro desarrollo. Ese es uno de los campos donde las sociedades humanas requieren mayor dosis de juridicidad.

Recientemente, al clausurar la Conferencia para la reforma del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca me referí a ese problema en la siguiente forma:

“Cuando no existe un régimen de derecho, impera la ley del más fuerte. Esto es cierto, tanto en las relaciones de los seres humanos dentro de sus respectivas comunidades locales, como en las relaciones entre los Estados dentro de la Comunidad Internacional. “Mientras más débil física, económica y socialmente sea una persona, más necesita de la protección del derecho interno. Mientras más pequeño y pobre sea un Estado, más necesita del amparo del Derecho Internacional”.

Con esa actitud el actual gobierno se ha planteado una serie de ambiciosas metas dentro del campo internacional, que pretende lograr por medios jurídicos. Busca disminuir el nivel de la dependencia de Costa Rica, y por ello participa con países hermanos en la constitución de organismos defensivos de su comercio exterior, como la ÚPEB o la Naviera Multinacional del Caribe. Quiere acelerar su desarrollo económico y con ese fin trata de reestructurar el Mercado Común Centroamericano, participa en el SELA, y coopera en la estructuración de un nuevo Orden Económico Internacional, fundado en los principios estipulados en la Carta de los Deberes y Derechos Económicos de los Estados. Ha participado activamente en la definición de un nuevo Derecho del Mar, en el que ya han sido aceptados los principios que propusimos junto con las naciones del Caribe, sobre Mar Territorial de 12 millas de ancho, Mar Patrimonial o Zona Económica

Exclusiva de 200 millas de anchura, libre navegación, libre tránsito por los estrechos, Fondos Marinos y Oceánicos como patrimonio común de la humanidad, y creación de una Autoridad Mundial encargada de administrar este patrimonio. Hemos pretendido repudiar solidariamente la agresión internacional y para ello tomamos el liderazgo en la reforma sustantiva del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, que se consagró en nuestra capital el 26 de julio de 1975, al firmarse el Protocolo de San José.

El Poder y el Derecho:

La política internacional ha estado secularmente dominada por el juego de poder de las grandes potencias. Dentro de ese sistema, la paz ha descansado precariamente en el llamado “equilibrio de poderes”, que ha repartido entre las principales potencias, zonas de influencia política y de explotación económica sobre los demás países de la tierra. El orden jurídico internacional, y su organismo principal, las Naciones Unidas, han surgido como la única alternativa viable para lograr una paz duradera y una mayor justicia para los Estados medianos y pequeños.

Es cada día más evidente que lo que hace iguales a los pueblos es el Derecho, y que lo que impone la desigualdad es el Poder. Por eso los Estados débiles, como el nuestro, tienen que ser fervientes partidarios del Orden Jurídico Internacional.

Costa Rica se ha sumado a las naciones que luchan por cambiar la política internacional de poder, bogando por un nuevo orden jurídico entre los Estados. Pero no basta esgrimir las armas que ofrece el Derecho Internacional. Es necesario que los países del Tercer Mundo organicen, frente al poder político-militar de las principales potencias, un poder compensatorio formado por un número tan grande de países menores, que impida a los centros del poder militar y político tomar decisiones sobre el destino del mundo, sin tener en cuenta el gran poder moral de quienes conformamos la mayoría de la humanidad.

Por eso hemos abandonado la pasividad diplomática de otros tiempos. Por eso nos acercamos a los cónclaves del Tercer Mundo. Por eso hemos procurado la universalización de nuestras relaciones diplomáticas. Y por eso no prestamos atención a las pequeñas voces mercantilistas, que desean encontrar en cada paso de nuestra política exterior, un beneficio certificable en cifras de productos vendidos o de créditos obtenidos o de inversiones inducidas. Los logros principales de nuestra nueva política internacional, si bien pueden representarse en ventajas económicas, están concebidos en otra dimensión histórica. No deben medirse por los beneficios materiales obtenidos que no son pocos, sino por el fortalecimiento de nuestra soberanía.

Por la importancia del temario adoptado, por el prestigio del Colegio de Abogados, por la alta calidad humana y científica de muchos de sus miembros, el país seguirá con gran atención las incidencias de este Congreso.

En nombre del Gobierno de Costa Rica, y en especial del señor Presidente de la República, ofrezco estudiar con atención las recomendaciones que se hagan. Felicito al Colegio por la organización de este foro y hago votos porque, con la contribución fructífera de todos los participantes, se haga cada día más efectivo el Estado de Derecho que ha constituido siempre un caro ideal costarricense.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL SEÑOR DECANO DE LA
FACULTAD DE DERECHO, LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

Huelgas que se pierden en los tribunales pero que se ganan en la Asamblea Legislativa; expulsiones masivas de campesinos fuera de sus casas y regiones, sin que haya ley que lo prohíba o impida; normas dictadas para resolver casos pendientes ante la Administración Pública o los Tribunales, que efectivamente los resuelven; crímenes brutales sin esclarecer e impunidades casi tan brutales como esos crímenes; contrabandos masivos, auspiciados y aprovechados por empleados públicos encargados de evitarlos y reprimirlos; refugio y tierra prometida de delincuentes internacionales; dineros o créditos públicos malversados, y frente a todo esto un pueblo temeroso, que pasó, sin darse cuenta, de la alegría a la expectación y al silencio.

De qué país estoy hablando: de un principado árabe, de una colonia portuguesa o de la Isla del Diablo? Hablo de Costa Rica, estimable colega, su patria y la mía, esta entraña herida y maltrecha que es la Costa Rica de hoy. ¿Qué ha ocurrido con nuestro Estado de Derecho? No amerita esto, más bien, un estado de sitio? ¿Qué se hizo nuestra dignidad cívica, por qué tan contumaz ignorancia de nuestros principios y valores? Bastará saber para consolarse, como lo ha propuesto alguna voz, que siempre ha habido y habrá corrupción, que irrespeto al derecho debe haber en un país pobre y sin grandes recursos, para acopiar por las malas lo que no se puede lograr por las buenas?

¿Qué causas atribuir a este continuo y progresivo desmantelamiento del orden jurídico?

Tres son para mí las principales, a saber:

- a) decrepitud de nuestras instituciones;
- b) menosprecio del derecho;
- c) mal ejemplo a un alto nivel.

Decrepitud de las instituciones y normas, en primer lugar. Habrá alguien presente que haya tenido que aplicar durante su carrera

profesional, no digo la totalidad, sino al menos una cuarta parte del Código Civil, Mercantil, o de cualquier otro? Y, en cambio, habrá alguien aquí que no se haya enfrentado en su ejercicio profesional a hechos y regulaciones totalmente nuevas, nacidas de la realidad social a espaldas de la Asamblea? Si hiciéramos lista de los contratos civiles y mercantiles no regulados en nuestro país, pero empleados diariamente en el giro económico, hallaríamos que son casi tantos como los regulados y, en todo caso, mucho más frecuentemente empleados. Todavía más: no sólo se trata de regulaciones omisas o caducas, sino de reformas fundamentales a instituciones viejas y principales, como la propiedad urbana. La nueva Ley de Planificación Urbana significa, ni más ni menos, la expropiación generalizada de la potestad de transformación, integrante de aquel viejo derecho romanista, en beneficio de la zonificación urbana y sus exigencias mínimas. Y hay, también, necesidades sociales insatisfechas, que no han encontrado todavía forma propia de expresión en nuestro ordenamiento y que, al no lograrlo, escapan del control del legislador y se autoreglamentan, al empuje mismo de aquella necesidad social en bruto; pensemos, por un instante, en nuestra banca nacionalizada y en la competencia privada frente a él. No hay cuentas corrientes en la banca privada, pero ésta emite desde hace ya varios años lo que llama certificados de depósito, en virtud de los cuales el cliente deposita dinero en el banco privado y éste queda obligado a devolvérselo después de cierto lapso y dentro del límite del depósito, pero a título de préstamo, no de pago de un cheque. Estos certificados, que en el fondo no son otra cosa que una forma de burlar nuestro monopolio bancario y público de las cuentas corrientes, han cundido ya en todos los bancos, privados y públicos, que no tienen otra alternativa que aceptarlos, bajo la presión de las necesidades financieras de la comunidad.

Lo anterior, que es un caso entre muchos, resulta más evidente en el derecho público, pues aquí todo se complica, por la mayor solemnidad del procedimiento administrativo y su régimen. Un ejemplo típico es la actual Ley de Administración Financiera del país, la más resistente y pesada armadura de nuestra Administración Pública. Para defenderla contra la deshonestidad del contratista privado, (en un tiempo en que serlo era igual o peor que ser pirata, según la común opinión de las gentes) se creó un engorroso sistema de selección variable según la cuantía del contrato por referencia a límites o sumas risiblemente bajas desde que se establecieron. El resultado ha sido no sólo un abrumador entramado del obrar administrativo, que busca mayor agilidad para despachar asuntos importantes y cuantiosos, sin lograrlo todavía; sino también, lo que es mucho peor, un reto a la imaginación del costarricense para inventar trucos y defraudaciones en burla de la ley, para lo cual él es —como su café— lo mejor del mundo. Coaliciones y conciertos entre proveedores que compiten, para fijar precios convenidos y engañar así a la Administración Pública impotente; pruebas falsas de inexistentes urgencias administrativas; fraccionamientos ficticios de una sola licitación entre

varias más pequeñas para lograr el beneficio de la contratación directa; pifias irreversibles por adjudicaciones confirmadas en favor de ineptos o deshonestos, que temerariamente se hicieron pasar por gente seria y lo lograron; y, en fin, toda clase de artilugios y mentiras, con grave perjuicio económico para la Administración y otro, no menor, para el prestigio del Estado y de sus instituciones.

El sistema actual de licitaciones públicas es un vestigio, totalmente inadecuado para lidiar con la abundante y cuantiosa contratación administrativa costarricense, sobre todo hay mucho, después de aquel enfoque peyorativo del co-contratante privado, está ya incorporado a la sicología y a la experiencia diarias del alto funcionario público el hecho innegable de que aquél no sólo no es enemigo sino que es y tiene que ser el principal amigo y aliado de la Administración en la realización de sus grandes obras y la procura de sus grandes suministros, sin los cuales se paralizaría. Esto, dicho en relación con las empresas públicas costarricenses (como los bancos estatales, el INS, INCOOP, ICE, etc.), es más cierto y patente, dada la imperativa sujeción que las mismas tienen el derecho privado y civil o mercantil, sin trabas ni dilaciones irracionales. Es evidente, en éste como en otros muchos casos, que las concepciones de base de una institución han evolucionado ampliamente y sobrepasado su estructura, que ha permanecido la misma y sirve ahora más bien de freno que de ayuda a su intrínseca función, en perjuicio del fin público propuesto. Instituciones de este tipo fomentan el odio a la ley, el fraude contra ella y la corrupción civil y administrativa.

Creemos que, en general, la Administración Pública es hoy mucho más empresa que gendarme y podría bien iniciar formas contratadas de funcionamiento, a través de pactos y directrices convenidos con los sectores obreros y patronales o de cualquier otro tipo, en lugar de recurrir a expedientes autoritarios que la alejan cada día más de la auténtica realidad que intenta conformar y regular. Ese alejamiento, cuando trae consecuencias y lesiones serias para el individuo, genera, a su vez, resentimiento y agresión contra el Estado y contra los demás individuos.

Todo lo cual, unido a la crisis de valores de la época, ha traído un distanciamiento desesperado de la ley —que se considera obsoleta y vicaria de intereses espurios— y una progresiva formación de una ética política y de los negocios, a menudo claramente ilegal. La separación entre moral y derecho es cada día más acre y rotunda y conlleva no tanto un desprecio de la moral, como una destrucción del derecho. Se parte del supuesto de que la ley no es la moral, para concluir, con una dialéctica nada envidiable, en que la ley es normalmente inmoral y sujeta a violación continua sin daño para la sociedad ni para nadie, con la gran ventaja de que, además, quien la viola se siente cumplidor de la moral y guarda su conciencia tranquila, o al menos, lo simula. En estas condiciones el deber del gobernante deja de ser el cumplimiento de la ley, para convertirse en su derecho a violarla siempre que lo crea justo o razonable, lo que puede arruinarle frecuentemente.

Si, según un ilustre jurista inglés (H.L. Hart), una nota distintiva de la regla moral es su redoblada importancia para la vida personal o de relación, por referirse siempre a aspectos fundamentales de ésta, bien puede decirse que el desprestigio del derecho en Costa Rica proviene, en parte de que se lo cree poco importante, porque consagra reglas que todos violan, sin que pase nada serio en la comunidad. Esta actitud anti-derecho tiene curiosos reflejos. Son muchos los gobernantes —unos más que otros— que se vanaglorian de su ignorancia jurídica y se sirven casi sólo de economistas para su gobierno, con lo que no tanto se ennoblece la economía —lo que nada importa— cuanto se desprestigia el derecho y, naturalmente, perdemos nuestra oportunidad de servir a la sociedad. No sólo esto: el abogado mismo llega a la convicción de que el derecho es despreciable, pues es solución dada e impuesta, en tanto que la labor de otros técnicos y profesionales —como los economistas— es formular políticas nuevas y, en tal sentido, crearlas de la nada a base de talento, que finalmente terminamos por negarnos a nosotros mismos. Ante tal espectáculo de impotencia y alcahuetería frente a toda clase de dislates jurídicos (o anti-jurídicos), ¿qué derecho tenemos a protestar contra la ilegalidad reinante y por qué no vamos a participar en ella, dado que, por otra parte, no hay una cuestión de “auténtica moralidad” en juego? Parece lógica, o no, la corrupción que así se presenta a cuerpo y alma?

Todo esto lo ha fortalecido el reto del desarrollo económico, al que se han subordinado obviamente todos los demás. Sus principales agentes son las empresas, pero su más fuerte promotor es el Estado y ambos, de consuno, han creado desde hace ya muchos años —como con el turismo— un clima de atracciones y facilidades que puede generar abusos, con tal de que se quede la inversión buscada o se vaya la del competidor.

Es evidente que la actividad estatal de más importancia en este aspecto es la de fomento, hoy dispersa entre tantos ministerios, pues hay incentivos y subvenciones no sólo a la industria, sino también a la agricultura y ganadería (del azúcar, del café), a los educandos y profesores, etc. Una característica capital de esta técnica, desde el punto de vista jurídico, es que la actividad de fomento supone, de partida, un trato desigual y proclive a la discriminación injustificada con perjuicio de unos y favor para otros. Si los motivos para otorgar un decreto de incentivos fiscales son discrecionales y uno de ellos —como la capacidad empresarial del petente, la contribución al desarrollo del país, etc.— se da gradualmente, puede muy bien ocurrir que, después de dados los incentivos a un empresario, le sean sistemáticamente negados a otro, por falta del requisito en cuestión, con creación indirecta, pero no menos efectiva, de un verdadero monopolio, hipótesis de la que se han dado ya ejemplos en Costa Rica. De este modo, la discrecionalidad de los actos de fomento, unida al carácter complejo y especializado de los sectores de actividad en cuestión, permiten al funcionario público encargado un amplio margen de subjetividad, que frecuentemente puede llegar a ser discrimi-

natorio y favoritista, con desviación de sus deberes del cargo. El derecho de hoy no sabe cómo resolver el problema, pues o bien hace reglado el acto y entonces todo el mundo puede obtenerlo, lo que descartaría su utilidad para competir; o bien se da a uno y no a todos, en cuyo caso es una discriminación injusta. Es evidente que hay aquí un problema delicado, que sólo puede resolverse circuncribiendo la potestad discrecional al máximo posible, en forma controlable por el juez, sin meterla del todo. Lo contrario es corrupción de la peor especie, porque sería legalizada, con pérdida total de la autoridad de la ley y del gobernante responsable. Es un hecho claro, por otra parte, que sería muy difícil —por no decir imposible— que una ley viniera a sancionar ese dislate, en lugar de tolerarlo sin regulación, para que medre precariamente hasta su desaparición, por obra de los demás casos tratados en pie de estricta igualdad. Vale la pena restar la ley o, al menos, las condiciones favorables a su acatamiento, pues la ley así pierde la equidad.

La legalidad es normalmente la primera condición de la moralidad en la vida pública y de los negocios. Es posible que haya un desfazamiento entre ambos, pero es de excepción, y lo normal es lo contrario, pues la ley no es otra que cristalización de valores de justicia en la solución de conflictos sociales y conlleva una expresión de lo moral y debido. La justicia es valor colectivo y a realizarse sólo en grupos o sociedades y es esa justicia la que normalmente tiende a realizar y alcanzar la ley. Todo derecho lleva encapsulado una moral propia, que forma el sostén último y más profundo del que toma su valor y obligatoriedad, si bien se trata de exigencias elementales. Una de éstas y tal vez la principal es la de la obligatoriedad moral de la observancia del derecho, incluso del que no es justo, a condición de que éste sea sólo una parte de un orden jurídico justo como totalidad. Para remediar la injusticia o inconveniencia de un ordenamiento, el método no es violarlo ni destruirlo, sino reformarlo por los trámites constitucionales, que son el único cauce de circulación de todas las corrientes técnicas o ideológicas del derecho. Fuera de ellos sólo hay yerro y todo lo que se hace se tuerce o se desvía.

Es desde este ángulo que estimo gravemente atentatorio contra la institucionalidad y la legalidad del país, el mal ejemplo que den los hombres claves de la comunidad, sea el Presidente de la República, el Magistrado de la Corte o el Decano de una Facultad. Tenemos que ser exigentes en el cumplimiento de reglas morales —y no sólo jurídicas— de rectitud y honestidad, dado que en nuestras instituciones es mucho más importante lo espiritual y representativo, o simbólico, que lo económico o material. El hombre importante de una comunidad que viola sus deberes de entereza moral, la traiciona y se hace responsable, en mucho mayor grado que otros, de las consecuencias funestas que puede tener su mal ejemplo. Ejemplo que, por otra parte, tiene que ser multiplicador, pues viene no sólo de quien está a la vista de todo el mundo, sino, sobre todo, de quien todo el mundo cree puro y severo, cima de corazón y de cerebro.

No es tanto lo que hace, como quien lo hace, lo que entonces cobra relieve y eficacia propagadora del mal ejemplo, con menoscabo indudable de las bases morales conducentes a la obediencia del derecho y a la consolidación del progreso y de la paz.

¿A qué conclusión llegamos; hemos ganado algo con esta penosa excursión?

Creo que sí: primero, nos hemos franqueado, que es el principal alimento del diálogo sincero; y segundo y sobre todo, hemos puesto una pica en Flandes. Aquí estamos para muchas cosas y para hablar de nuestro derecho, pero antes que todo para saber qué tierra pisamos, dónde estamos y hacia dónde vamos. ¿De qué serviría hablar de platonismos jurídicos, cuando es obvio que el derecho se está cuarteando a nuestro alrededor, con el silencio y la tolerancia de todos o de casi todos?

Y lo que resulta es esto: sólo hay un camino, ya lo dije una vez y lo repito ahora, para ser héroe del derecho, o muriendo por él o viviendo para él, lo que impone un sagrado mandato a todos y cada uno de nosotros, si, en lugar de vegetar, queremos participar en ese santo e inextinguible heroísmo: enfrentándonos activamente a toda forma de corrupción que toque nuestras vidas y hagamos correr la voz de que, de este Congreso, nació una junta permanente de 1.100 abogados para luchar por el honor de esta patria, el esplendor del derecho y mantener viva nuestra santa misión, que no es la de pelear ni hostigar, sino la de crear, distribuir y hacer progresar la paz y justicia sociales.

Muchas gracias.

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL LIC. RODRIGO OREAMUNO BLANCO, PRESIDENTE DEL COMITE ORGANIZADOR

Señores representantes de los Supremos Poderes; estimados colegas:

“Desde que el hombre reflexiona sobre sus relaciones recíprocas; desde que la “Sociedad” como tal se ha hecho —y este problema es más viejo que cualquier otro objeto de conocimiento, incluso que el denominado “naturaleza”—, no ha cesado de preocupar la cuestión de un ordenamiento justo de las relaciones humanas. Y a pesar de que esa cuestión ha ocupado como ninguna otra, tanto nuestro pensamiento como nuestros sentimientos y voluntad hasta lo más profundo; a pesar de que se han afanado por ella las mejores cabezas, los corazones más apasionados, los puños más fuertes; a pesar de que toda la historia de sufrimientos de la Humanidad, puede ser interpretada como un intento único, siempre renovado bajo los más terribles y sangrientos sacrificios, por dar respuesta a esa cuestión, permanece hoy para nosotros tan falta de ella como en el instante en que, por primera vez, relampagueó en un alma humana, la del primer hombre, este terrible secreto de la Justicia”.

El párrafo anterior, escrito por Hans Kelsen, cima indiscutible de la Escuela que pretendió despojar el estudio del derecho de todo elemento metajurídico, no parece armonizar con el cauce primario de su producción científica pero nos demuestra que a él también lo preocupó el aspecto valorativo del Derecho. Por su noble origen y la profundidad de su contenido, quisiera que ese pensamiento constituyera el marco dentro del cual se desenvuelva mi exposición de esta mañana.

El Congreso Jurídico Nacional 1975 nos da a los abogados, que discurrimos por muy diversos campos de la profesión, la oportunidad de que compartamos nuestras experiencias y analicemos algunos temas especialmente trascendentales para la vida del país.

Nos une a los presentes el afán común de luchar porque el Derecho llegue a proporcionar las bases para que Costa Rica logre su pleno desarrollo y se convierta en una verdadera democracia, cuyas estruc-

turas jurídicas realmente representen las necesidades y anhelos de sus ciudadanos.

Durante sus largos años de existencia, hasta llegar a 1970, el Colegio de Abogados organizó muy pocas actividades similares a la que hoy inauguramos. Sin embargo, si contamos a partir de esa fecha, la proporción cambia de inmediato, de una manera dramática: en un término de cinco años se han efectuado tres congresos jurídicos. Por ello es indispensable que nos preguntemos ¿Qué es lo que ha provocado ese cambio?

Podría quizás responder que no hay tal transformación en la mentalidad de los abogados, que los lleva a preocuparse ahora de lo que no les interesó durante mucho tiempo, y que la realización de los tres congresos es, simplemente el reflejo de una aspiración gremial. Sin embargo, el número de participantes en los dos foros anteriores y los que ya han intervenido en los actos preparatorios de éste, así como el texto de algunas de las resoluciones aprobadas en 1970 y 1973, ponen de manifiesto el error de quien pretendiera responder así a nuestra interrogante.

Otro intento de respuesta podría intentarse diciendo que, mientras el abogado ejerció un liderazgo indiscutible en el país, sintió menos la necesidad de organizar actos en los que pudiera emitir juicios críticos sobre el derecho, precisamente porque su posición de líder lo obligaba a hacer reflexiones y expresiones valorativas sobre esta materia. Es posible que una contestación como ésta tuviera más visos de verdad que la anterior pero, aún así, no nos resulta totalmente satisfactoria.

Yo opino que sí ha habido una mutación en las concepciones que los abogados costarricenses tenemos sobre el derecho y que las proyecciones de ese cambio tienen una importancia tal que justifica su análisis en una oportunidad como esta. La mayoría de los presentes pertenecemos a generaciones de abogados que se formaron en una Facultad imbuida en las teorías positivistas; casi todos los profesores, consecuentes con su posición ideológica, limitaron al mínimo la especulación racional y filosófica sobre el Derecho. Nos encerramos en los Códigos y la doctrina, adoptando una actitud despectiva en lo concerniente a lo que les ocurría a esas estructuras lógicas, cuando entraban en contacto con la realidad. Hans Kelsen, con su preocupación por aislar la norma jurídica de lo social y de lo valorativo, se convirtió así en el paradigma de la gran mayoría de los juristas costarricenses.

En el siglo XIX, al reaccionar contra el imperio del iusnaturalismo racionalista, que culminó con la Revolución Francesa, produjo una serie de tendencias filosóficas fundamentales dentro del campo del Derecho, las cuales por razones de muy diverso tipo, no llegaron a tener mayor trascendencia en nuestro medio. De esa forma, aquí pasaron casi inadvertidas corrientes tan importantes como la Escuela Histórica de Savigny, el idealismo de Hegel o el materialismo dialéctico de Marx, que tienen el mérito indiscutible de destacar el contenido histórico y clasista de las estructuras jurídicas.

La concepción positivista fue superada, desde los inicios de este siglo, en la mayoría de los países anglosajones, que acogieron con entusiasmo las ideas de Ehrlich sobre un "Derecho viviente" independiente del estatal "que domina la vida misma aunque no haya sido positivizado en proposiciones legales". (Ehrlich Eugene. *Los métodos de la Sociología Jurídica*, Cap. II).

Estas ideas constituyen algunas de las bases fundamentales del pensamiento de dos gigantes de la ciencia jurídica estadounidense, quienes enjuician severamente las ideas predominantes en su país, en esa época. La huella plantada por Oliver Wendell Holmes y Roscoe Pound en los Estados Unidos es posible que haya horadado también nuestras costas, al familiarizarnos con conceptos tales como el de que, al comparar el derecho en los libros con el derecho en la práctica, no nos obsesionemos con la idea de que el primero es el principio de la virtud y el orden jurídico eterno; no temamos a la legislación que expresa el espíritu de los tiempos. Debemos ver a la cara los resultados de la conducta humana y convencernos de que, aun como juristas, tendremos que recurrir a la economía, la sociología, la filosofía y otras ciencias, sin pensar que el Derecho se basta a sí mismo.

El nuevo orden de ideas sobre lo jurídico, que el abogado costarricense comienza a tener, está, a no dudarlo, influido en algo por consejos como el de Pound de que "No nos convirtamos en monjes legales. No permitamos que nuestros textos legales se conviertan en santuarios y cojan el camino de todos los escritos sagrados. Porque los trabajos escritos permanecen, pero el hombre cambia". (*El Derecho en los Libros y el Derecho en la acción*).

La necesidad de ajustar el Derecho a la realidad social de la cual surge y sobre la que se proyecta es actualmente una de las metas fundamentales de quienes se interesan por los problemas sociales de nuestra época. Hoy ha adquirido la categoría de axioma la idea de que debemos partir de un análisis de la relación derecho-sociedad, para poder utilizar al primero como factor de desarrollo y de cambio social.

En las palabras del ilustre jurista británico Julius Stone, "Cualquiera que sea la superestructura y piedra de tope de la Justicia, ésta no podrá tener fuerza estable, ni utilidad ni belleza, a no ser que descansa sobre las verdaderas relaciones sociales del momento y lugar; que esté construida de materiales aptos para resistir el calor y las tensiones del verdadero clima social; que incorpore un diseño, considerando los arreglos que los hombres efectivamente necesitan y de acuerdo con sus gustos y capacidades". (*The Province and Function of Law*).

Paralelamente con el surgimiento del interés por la sociedad en la que el Derecho nace y actúa, cobra fuerza la preocupación de los juristas por el aspecto axiológico del Derecho. La experiencia nazi, traumatizante para los hombres, desde el punto de vista político y horrorosa por su desprecio para la dignidad del ser humano, tiene también un enorme impacto en los estudiosos del Derecho, quienes comprenden que, si se adopta un criterio estrictamente positivista, las

normas jurídicas que el régimen produce, aun dentro de la barbarie que en muchos casos las anima, son derecho, debidamente promulgado y merecedor del acatamiento que la condición de tal le otorga. Las últimas implicaciones de una concepción lógica, con el mesianismo que le concede su rigor científico, terminan, por asquear las conciencias de los hombres civilizados y por hacerlos volver la vista a las ideas de grupos de pensadores que, desde épocas muy antiguas, se preocuparon por el aspecto valorativo del Derecho, sin resignarse a ver en él un mandato formalmente obligatorio, independientemente de su contenido.

Resurge el mismo sentimiento que en la polis griega llevó a Platón y a Aristóteles a meditar sobre la justicia, y a los estoicos a ser los iniciadores de la corriente iusnaturalista que, durante más de dos mil años, habría de permear el pensar filosófico sobre el Derecho. Sin embargo, a pesar de ser la preocupación por el aspecto ético de lo jurídico inmanente a los pensadores que meditan sobre estos temas, los nuevos iusnaturalistas, a partir de Stammler, eliminan la inmutabilidad que otros pensadores le habían atribuido al Derecho, y admiten el aspecto histórico y cambiante que éste encierra, defendiendo siempre la universalidad de sus metas y aspiraciones.

Se desarrolla así la axiología jurídica, que partiendo de las mismas fuentes de inspiración de las meditaciones más antiguas sobre el Derecho, pretende sistematizar el estudio de los valores que éste está llamado a realizar. Conceptos como los de orden, seguridad y justicia vuelven a señalarse como metas que el Derecho debe realizar, independientemente de que en cada época y lugar su contenido haya sido distinto. Dentro de esta inquietud por lo axiológico, aparecen incluso autores que consideran que corrientes filosóficas tan opuestas como el Marxismo y el Existencialismo son formas nuevas de iusnaturalismo, en el tanto que buscan cambiar la realidad jurídica para suplantarla por otra, que ellos consideran más justa, en el plano social o personal.

Es posible que la interrogante que planteamos al principio de estas palabras pueda ser mejor contestada si nos percatamos de que el abogado costarricense tampoco ha sido insensible a estas nuevas tendencias filosóficas y trata de aprovechar las oportunidades que se le brindan de estudiar el Derecho, no sólo desde el punto de vista normativo sino, además, en cuanto a su relación con la sociedad en que se desenvuelve y a los valores que debe cumplir.

Estimados colegas: Creo que nuestra presencia aquí, se explica por el muy laudable afán de mejorar nuestra formación jurídica y capacitarnos mejor para cumplir decorosamente con nuestras actividades profesionales, pero, además, por una convicción profunda de que, como juristas, debemos ayudar a que el Derecho que rige en nuestro país cumpla cada día más con su noble misión de ser un instrumento de desarrollo y de bienestar para la mayoría y esté impregnado de los más altos ideales que su misión le impone.

Hace cinco años nos correspondió estar presentes en la inauguración de lo que muchos han llamado el primer congreso jurídico nacional y tuvimos el agrado de escuchar el mensaje que nos dirigió

un hombre, parco en palabras, pero grande en profundidad y en su pasión por el Derecho. Como siempre lo hacía, citó a un insigne jurista uruguayo, quien en mucho había guiado su vida. Hace bastante tiempo que la voz esclarecida del pensador del sur se acalló. Hoy tampoco nos acompaña físicamente quien fue guía para muchos de los abogados que hoy están aquí presentes. Por eso, señores, les ruego que me permitan concluir esta intervención recordando las palabras que hace cinco años pronunció, en este mismo sitio y en una ocasión semejante, el entonces Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Lic. Fernando Baudrit Solera, inspirándose en el pensamiento de Eduardo J. Couture:

“Pero sí me atrevo a externar mi fe profunda de que el Derecho adquiere una relevante posición frente a estos caos de valores, pues éste puede y debe ser superado por los cauces externos de la comprensión jurídica que no es sólo un acto de conocimiento de tipo puramente intelectual, una lógica pura, un acto autónomo de razón humana, sino, también, un acto emocional, como senda florida y luminosa, hacia la Justicia que le da luz, al orden que lo consolida, a la educación que le da vida, a la paz que lo impulsa, a la equidad que lo atempera y hasta la misericordia que lo suple y al amor que lo rebasa, y al heroísmo que lo glorifica”.

Comité Organizador:

Lic. Alvaro Pinto López
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz
Lic. Mario Barrantes Sáenz
Lic. Rodrigo Oreamuno Blanco
Director Ejecutivo:
Dr. Francisco L. Vargas Soto

Se celebró del 8 al 12 de setiembre de 1975.

COMISIONES PREPARATORIAS

I *La igualdad ante la Ley*

- a) Constitución política: participación real de la mujer en los procesos políticos.
- b) Código de familia: análisis del régimen patrimonial entre cónyuges.

Relatora: Licda. Elizabeth Odio

Coordinadora: Licda. Sonia Picado de Oreamuno

II *La responsabilidad médica*

- a) Responsabilidad contractual y extracontractual del médico.
- b) El exceso de funciones
- c) Las lesiones consentidas
- d) La responsabilidad civil de las instituciones hospitalarias

- e) La Medicatura Forense como contralora de la responsabilidad médica.

Relator: Lic. Fernando Guier

Coordinador: Lic. Mario Ramírez

III *La protección de los Derechos Humanos en la nueva Legislación Procesal Penal*

- a) El principio de inocencia y las medidas coercitivas
- b) Libertad individual e inviolabilidad de la defensa
- c) La instancia única y la defensa
- d) Legislación política criminal y derechos humanos.

Relatora: Licda. Dorita Guzmán

Coordinador: Dr. Enrique Castillo

IV *Las sucesiones radicadas ante notario*

- a) Los actos de jurisdicción voluntaria
- b) Las sucesiones como actos de jurisdicción voluntaria
- c) Legislación aplicable a las sucesiones en Costa Rica
- d) La competencia notarial por razones de materia
- e) Reformas necesarias a la legislación.

Relator: Lic. William Muñoz

Coordinador: Lic. Rodrigo Odio

V *La Reforma de la Sociedad Anónima*

- a) Contralor interno y externo
- b) Equilibrio del poder
- c) Conflictos de intereses
- d) Impugnación de acuerdos de asamblea

e) Exceso y desviación de poder por parte de la asamblea

f) Abuso de la personalidad jurídica

Relator: Dr. Octavio Torrealba

Coordinador: Dr. Fernando Mora

VI *Las cargas procesales en lo Contencioso administrativo*

a) Papel sellado en la tramitación judicial

b) Afianzamiento de costas en lo contencioso administrativo

c) El agotamiento de la vía administrativa

d) El silencio administrativo.

Relator: Lic. Antonio Biolley Riotte

Coordinador: Dr. Alejandro Montiel(+)

Sustituido por el Dr. Enrique Rojas Franco

COLEGIO DE ABOGADOS

REGLAMENTO DEL CONGRESO JURIDICO NACIONAL 1975

Artículo 1º—El Congreso Jurídico Nacional 1975 se celebrará del 8 al 12 de setiembre de 1975.

Artículo 2º—El Congreso tendrá los siguientes órganos: Comité Organizador, Comisiones Preparatorias, Comisiones de Trabajo y Plenarío.

Artículo 3º—Corresponde al Comité Organizador:

- a) Organizar el Congreso, dirigiendo y coordinando todas las actividades necesarias para su realización;
- b) Establecer el número de Comisiones que habrá y el tema que corresponderá conocer a cada una;
- c) Nombrar a los Coordinadores y Relatores de las Comisiones Preparatorias; y
- d) Dirigir el Plenarío.

Artículo 4º—Las Comisiones Preparatorias empezarán a funcionar dos meses antes de la celebración del Congreso.

Tendrán como cometido estudiar preliminarmente los diversos subtemas que determinen. Conocerán de las ponencias que se presenten y aprobarán el orden en que ellas serán votadas en las Comisiones de Trabajo, según la importancia de la materia a que se refieran y la calidad científica del trabajo.

Las Comisiones Preparatorias serán presididas por el Coordinador o, en su defecto, por el Relator. Este actuará como Secretario, salvo que le corresponda presidir, en cuyo caso él nombrará un Secretario Ad-Hoc.

Son miembros de estas Comisiones, los abogados que se inscriban como tales. Finalizarán sus funciones el 30 de agosto de 1975.

Artículo 5º—Corresponde al Coordinador, además de presidir las Comisiones Preparatorias, convocarlas a sesiones y, en general, velar porque su trabajo se desarrolle debidamente; servirá además, de órgano de enlace con el Comité Organizador.

El relator informará a las Comisiones de Trabajo sobre la labor de las Comisiones Preparatorias y posteriormente presentará al Plenario una relación general sobre lo hecho por ambas comisiones, que deberá comprender una introducción general de los temas tratados y un informe objetivo sobre las ponencias discutidas.

Artículo 6º—El término para la presentación de ponencias vencerá el día 22 de agosto de 1975.

Artículo 7º—Las Comisiones de Trabajo se instalarán el 8 de setiembre de 1975 y sesionarán durante ese día y el siguiente.

En cuanto a la Presidencia y Secretaría de estas comisiones, se aplicará lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 4º.

Son miembros de las Comisiones de Trabajo, quienes se inscriban como tales antes de las 9 de la mañana del 8 de setiembre de 1975.

Estos miembros tendrán derecho a voz y voto.

Las Comisiones de Trabajo votarán las ponencias presentadas en el orden aprobado por las Comisiones Preparatorias. Si así lo decidieren, por el voto de más de la mitad de sus miembros, podrán conocer igualmente de ponencias presentadas extemporáneamente. La aprobación de las ponencias se hará por simple mayoría de los presentes.

Las Comisiones de Trabajo sesionarán un mínimo de dos veces al día a las horas que fijará el Comité Organizador y comunicará mediante circular.

Artículo 8º—Las sesiones del Plenario se celebrarán los días 10, 11 y 12 de setiembre de 1975, a las horas que indicará por circular el Comité Organizador.

Serán presididas por el Presidente del Comité Organizador, quien pondrá a discusión y votación las ponencias de que hayan conocido las Comisiones de Trabajo, incluyendo las que éstas no hayan aprobado.

Cada orador podrá hacer uso de la palabra por un término de cinco minutos, prorrogable hasta por otro período igual a juicio de la Mesa. Dispondrá además, de dos minutos para replicar. La exposición del Relator de cada Comisión no podrá durar más de 30 minutos.

Podrán participar en el Plenario todos los abogados miembros del Colegio.

Artículo 9º—Los estudiantes de Derecho podrán participar en el trabajo de las Comisiones Preparatorias y de Trabajo, así como en el Plenario, pero no tendrán derecho a voto.

Artículo 10º—Los trabajos del Congreso Jurídico serán publicados en un número de la Revista de Ciencias Jurídicas.

Congreso Jurídico Nacional 1975

PROGRAMA DE SESIONES PLENARIAS

MIERCOLES 10

- 10 a. m.—Igualdad ante la ley.
- 16 a 17 horas.—Sucesiones radicadas ante notario.
- 17 a 18 horas.—Responsabilidad médica.

JUEVES 11

- 10 a. m.—Protección de los derechos humanos en la nueva legislación procesal penal.
- 16 horas.—Reforma de la sociedad anónima.

VIERNES 12

- 10 a. m. Las cargas procesales en lo contencioso administrativo.
- 17 horas.—Sesión de clausura.

Viernes 12 de Setiembre

PROGRAMA DE LA SESION DE CLAUSURA

- a) Informe del señor Presidente del Comité Organizador sobre Acuerdos, Recomendaciones y Resoluciones.
- b) Entrega del Premio "Alberto Brenes Córdoba".
- c) Entrega de certificados de participación.
- d) Discurso del Lic. Fernando Coto Albán, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
- e) Clausura.
- f) Brindis.

PONENCIA

Propósito: La Norma F. V. de la Ley

CONSIDERAND

COMISION

"IGUALDAD ANTE LA LEY"



PONENCIA

Ponente: *Lic. Manuel E. Ventura Robles*

CONSIDERANDO:

Aprobado en Sesión Plenaria de 10 horas del 10 de setiembre de 1975.

- 1) Que pese a que el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política establece que los diputados serán elegidos por provincias, existe una geografía electoral cantonal a nivel legislativo, de acuerdo con la cual solamente ciertas áreas geográficas eligen representantes.
- 2) Que este sistema es antidemocrático ya que discrimina, al no permitir que gran parte de la población de Costa Rica tenga representante en el Poder Legislativo por la razón de habitar en zonas poco pobladas. Paralelamente otro sector de la población resulta hiper-representado por habitar cantones que eligen un número de diputados desproporcionado a su población.
- 3) Que debe garantizarse representación efectiva a todos los ciudadanos sin que esto disminuya la permanencia en la Asamblea Legislativa de los grupos minoritarios significativos.
- 4) Que además debe asegurarse que el sistema de representación no conduzca a un deterioro de la calidad de la Asamblea Legislativa y que a la vez logre revitalizar la vida democrática del país.

ACUERDA:

Recomendar que un grupo de diputados sea elegido mediante el sistema de distrito o circunscripción electoral unipersonal, y otro mediante una papeleta de carácter nacional. Los primeros serían designados mediante escrutinio mayoritario; los segundos mediante escrutinio proporcional.

PONENCIA

Ponentes: Lcdas.:

Violeta Madrigal
Marta Eugenia Salazar
Olga Nidia Fallas

Aprobado en Sesión Plenaria de 10 horas del 10 de setiembre de 1975.

POR LO TANTO:

El Congreso Jurídico Nacional acuerda:

- 1) Instar a los Partidos Políticos mediante comunicación escrita a su respectivo directorio para que en consonancia con el principio de igualdad establecido en nuestra Constitución Política, nombren para el cargo de Diputados y Munícipes, en puestos efectivamente electivos un porcentaje semejante de hombres y mujeres. Considerando en ambos casos la capacidad de los candidatos a efecto de que redunde en una efectiva labor nacional.
- 2) Instarlos, en igual forma, a incluir en sus programas políticos la participación de la mujer en las Directivas de las Instituciones autónomas del país.
- 3) Pedir al señor Presidente de la República y al Consejo de Gobierno:
 - a) Que, en los futuros nombramientos de las Juntas Directivas de las Instituciones autónomas designen mujeres para ocupar esos cargos.
 - b) Que se dé prioridad en este sentido a los nombramientos que se hagan en las Instituciones Autónomas que actualmente no cuentan con ninguna mujer en sus Directivas.

*
* *

LA LEGISLACION DE FAMILIA ANTES, AHORA Y LO QUE FALTA

PONENCIA

Ponente: *Lic. Carlos José Gutiérrez*

Aprobada en Sesión Plenaria de 10 horas del 10 de setiembre de 1975.

CONSIDERANDO:

I.—Que con la Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, Código de Familia, se produjo un cambio sustancial en la Legislación

que regula las materias de matrimonio, patria potestad, tutela y curatela.

II.—Que el cambio realizado en la Legislación sustantiva no ha sido completada con la modificación correspondiente de la legislación procesal pertinente manteniéndose vigente una serie de disposiciones en lo administrativo y en lo judicial que no guardan relación con las nuevas disposiciones sustantivas.

III.—Que en la concepción original de la Comisión Redactora del Código de Familia, la parte aprobada por la Ley 5476 era sólo el Libro I del proyecto, que debía completarse con un Libro II dedicado al procedimiento administrativo y un Libro III referente al procedimiento judicial, en materia de familia.

IV.—Que habiendo dado el país el paso más importante y difícil en esta materia al modernizar las normas sustantivas, no debe posponerse la realización de un proceso similar en las procesales.

SE ACUERDA:

Instar a la Corte Suprema de Justicia, la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo y el Patronato Nacional de la Infancia para que constituyan una comisión que redacte un anteproyecto de las normas que deben regir el procedimiento administrativo y judicial en materia de familia.

Ofrecer la colaboración del Colegio de Abogados para la realización de esas tareas.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa sustituir el texto actual del artículo 111 del Código de Familia vigente, por el siguiente:

“Artículo 111.—El adoptado usará los apellidos del adoptante.

En el caso de adopción conjunta, usará como primer apellido el primero del adoptante y como segundo, el primer apellido de la adoptante.

En caso de que un consorte adoptare al hijo de su cónyuge, el adoptado usará como primer apellido el primer apellido del adoptante o padre consanguíneo y como segundo apellido el primer apellido de la madre consanguínea o adoptiva. Si el Tribunal lo autorizare, podrá en la misma escritura cambiarse el nombre de pila del adoptado”.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa modificar el texto actual del artículo 126 del Código de Familia vigente, a fin de que se le permita al adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, impugnar su adopción, por las causales y el procedimiento que deben indicarse expresamente en la ley.

Ofrecer la colaboración del Colegio de Abogados en la redacción definitiva del texto del artículo.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa modificar el texto actual del primer párrafo del artículo 138 del Código de Familia adicionándole que quienes pueden acudir al Tribunal en caso de conflicto entre los padres que ejercen la patria potestad, sean únicamente los padres y el Patronato, en armonía con lo que dispone el artículo 139 siguiente del mismo Código.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa modificar el texto actual del primer párrafo del artículo 142 del Código de Familia vigente, sustituyéndolo por el siguiente:

“La madre ejerce la Patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, aun siendo menor de edad, y tendrá plena personería jurídica para esos efectos”.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa incluir en el Capítulo IV del Título III (“De la Autoridad Parental o Patria Potestad”) del Código de Familia vigente, un artículo cuyo texto sea el siguiente:

“La declaratoria de abandono hecha por el Patronato Nacional de la Infancia también suspende la patria potestad, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación ante el Tribunal”.

*
* *

PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa adicionar el texto del artículo 146 del Código de Familia vigente, con el siguiente párrafo:

“Los funcionarios tanto judiciales como administrativos que suspendan en sus resoluciones la autoridad parental, deberán comunicarlo mediante oficio al Registro Civil para su anotación marginal, limitando tal comunicación a lo relativo a esa suspensión”.

*
* *
PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa adicionar el texto del artículo 152 del Código de Familia vigente, con el siguiente párrafo:

“Aun siendo mayor de 60 años, la persona queda obligada al pago y sujeta a las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento”.

*
* *
PONENCIA

Ponente: Patronato Nacional de la Infancia

Aprobada en sesión de 10 hrs. del 10 de setiembre 1975.

Se propone y se aprueba, recomendar a la Asamblea Legislativa reformar el texto de los artículos 42, 43, 44, 45, 46 y 47 del Código de Familia vigente, sustituyéndolos por nuevas disposiciones que regulen el establecimiento de un patrimonio familiar forzoso, no voluntario.

Este patrimonio estaría constituido por el inmueble destinado a habitación familiar y las normas correspondientes determinarían todo lo relativo a la constitución, modificación y extinción de un verdadero patrimonio familiar.

Ofrecer a la Asamblea la colaboración del Colegio de Abogados en la redacción del proyecto de ley respectivo.

LA LEGISLACION DE FAMILIA ANTES, AHORA Y LO QUE FALTA

Lic. Carlos José Gutiérrez



Cualquier discusión que se plantee respecto al Código de Familia como sobre cualquier cuerpo legal, debe ubicarla en su contexto histórico, estudiar sus antecedentes y el proceso de su creación.

Ello supone comenzar en el Código Civil. Los fundamentos de éste, como los de todos los Códigos Civiles latinoamericanos promulgados en el siglo pasado, se encuentran en el Código Civil francés de 1808. Además, el costarricense tiene un vínculo mucho más directo con el proyecto de Código Civil español, que se promulgó después del nuestro. Se incorporaron al Código, a la Ley Hipotecaria de 1865 y la de Sucesiones de 1881, y se siguió en muchos aspectos el *Cour de Droit Français de Aubry y Rau*⁽¹⁾. En materia de familia, si se toma en cuenta que se promulgaba a finales del siglo XIX y en un país latinoamericano, fue bastante avanzado. Reconoció plena capacidad jurídica a la mujer casada, autorizándole la libre administración de sus bienes, y consagró la posibilidad de decretar el divorcio con disolución del vínculo, instituciones éstas que le han costado muchos años alcanzar a otros países de nuestro Hemisferio y aún a algunos europeos, que se han desarrollado dentro del modelo de familia burguesa y católica adoptado por Costa Rica. Pero, fiel a los criterios individuales y de privilegio masculino imperantes, restringió las acciones de investigación de paternidad para los hijos adulterinos, sujetó el mantenimiento o pérdida de la potestad a la culpabilidad del cónyuge que hubiera dado origen a la acción de divorcio o separación de cuerpos, estableció causales diferenciales de divorcio para hombre y mujer, colocó a los hijos naturales en situación de ciudadanos de segunda clase e impidió a las mujeres el ejercicio de la tutela.

El Código Civil se unió en la mente de los costarricenses y en especial en la de sus abogados, con los tres libros que Alberto Brenes Córdoba dedicó a su comentario. En 1906 apareció el *Tratado de los Bienes*, en 1922, el *Tratado de las Obligaciones y Contratos*, y en 1924 el *Tratado de las Personas*. El haber sido su autor Magistrado de la Sala de Casación y profesor de Derecho Civil en la única

(1) GUIER, Jorge Enrique: *Historia del Derecho* (Editorial Costa Rica, San José, 1968) tomo II, p. 1.205-06.

Escuela de Derecho del país, la erudición y solidez de la investigación que sirvió de base a sus obras, y, sobre todo, la claridad, sencillez y precisión de su lenguaje, explican en parte que dichas obras hayan servido por tantos años de pivote doctrinario central del sistema jurídico costarricense.

Hay desde luego otras cosas que contribuyeron a esa situación de privilegio. Los grandes hombres de su generación, bajo el nombre de El Olimpo, o del 88, inspiraron a los costarricenses de las décadas siguientes una admiración tan generalizada que hizo perdurar la fuerza de la leyenda, más allá de la época en que realmente fueron los profetas de un mundo nuevo y los conductores de la vida actual. Además, pocos abogados de su generación y de las dos siguientes tuvieron oportunidad de dedicarse a la investigación y estudio. Era difícil entonces que alguien pudiera pasar de la judicatura a una posición como la de Director de Bibliotecas, que le permitiera ser escritor y profesor de tiempo casi completo. Los catedráticos de planta no aparecerían en las disciplinas jurídicas sino a finales de la década de los cincuenta.

Por otra parte, esa permanencia del Código Civil y de la obra de Brenes Córdoba tiene bastante de ilusoria. Cuando aparecieron, el Derecho Civil todavía ocupaba el centro de la preocupación científica y de la aplicación jurisdiccional. Después de las tres primeras décadas de este siglo, comenzó, sin embargo, a sufrir el desgajamiento de una serie de ramas, todas ansiosas de autonomía y que atrajeron por su novedad el interés de los juristas de las promociones siguientes. De ahí que, mientras el Código apenas si se completaba con la eliminación de las opiniones más evidentes, como la Ley de Adopción de 1934, aparecían leyes en materia de propiedad pública (como la de Aguas, la de Terrenos Baldíos), de contratos (como de la Ley de Sociedades), de garantías (como la ley de Contrato de Prenda), de intervención administrativa en las actividades familiares (como la creación del Patronato Nacional de la Infancia); se creaban nuevas disciplinas (como el Derecho Laboral que sustituía el contrato de arrendamiento de servicios) y se limitaba la utilización de principios civilistas al derecho público. El Código Civil permanecía vigente pero su campo de aplicación se hacía cada vez menor.

En el campo científico, el interés de los estudiosos del derecho iba ahora cada vez con mayor fuerza hacia el Comercial, el Constitucional, el Administrativo, el Procesal y el Laboral. El Derecho Civil no perdía su prestigio pero su campo cada vez más limitado y sus centenarios principios, cuidadosamente elaborados, se llenaban de excepciones, y ejercían una menor atracción sobre los juristas, que preferían ahondar en otros campos, donde además, no se tenía la desventaja de luchar contra obras como las de Brenes Córdoba, que, por su perdurabilidad, habían adquirido una dimensión mítica.

El proceso de desgajamiento de la unidad central del Derecho Civil, le tenía que llegar la hora el antiguo Libro I, De las Personas. Su presencia en el Código tenía explicaciones históricas y económicas.

Estaba en los códigos civiles latinoamericanos porque había estado en el Código de Napoleón; se incluyó en éste porque había estado también en el Corpus Juris Civilis de Justiniano. Se incluía el tratamiento de la familia entre la regulación de las obligaciones reales y personales, porque la familia era una unidad de producción y consumo. En las naciones desarrolladas, la revolución industrial adjudicó la primera de esas tareas a la empresa, pero la tradición y la realidad de una etapa pre-industrial, le mantuvieron el mismo lugar en la consideración y tratamiento como institución jurídica, en países como Costa Rica.

El ataque al modelo de familia adoptado por el Código Civil se inició en 1949. La Constitución Política aprobada ese año, producto de una Asamblea con mayoría conservadora, tuvo algunos chispazos de innovación, varios de los cuales correspondieron al campo del Derecho de Familia. Se consiguió el principio de igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio (artículo 52), el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres (artículo 54), la prohibición de calificar la filiación (artículo 94) y el señalarle al Estado el deber de proteger a la familia y, en especial, a la madre y los menores (artículos 51 y 55).

Los cambios constitucionales hacían imperativa una revisión integral del Libro I del Código Civil y de sus leyes conexas. Pero las conquistas logradas en la Constitución Política no tuvieron suficiente eco en la Asamblea Legislativa. La Revolución de 1948 había sido fundamentalmente política y en lo político se creó un nuevo modelo de gobierno, dentro del cual se incluyó el otorgamiento de los derechos de elegir y ser electas para las mujeres. Pero no había en los órganos del Estado una voluntad clara de avanzar en Derecho de Familia. Los cambios introducidos al Código Civil para adecuarlo a la Constitución se hicieron por Ley N° 1443 de 21 de mayo de 1952, y tuvieron una finalidad puramente cosmética. Se redujo el número de desigualdades existentes entre los cónyuges, pero no se hizo nada por realizar plenamente el principio de igualdad entre ellos; se sustituyó la expresión "hijos naturales" por la de "hijos extramatrimoniales" pero, con base en la expresión final del artículo 53 de la Constitución, "conforme a la ley", se mantuvo la vigencia de todas las prohibiciones anteriores sobre la investigación de paternidad. La tarea de revisión amplia y detallada de la legislación familiar se dejó para una ocasión posterior.

Dicha negativa debe verse en buena parte como reflejo de la situación social de la época. Basta con señalar que la participación femenina en la población económicamente activa era de solo un 15.4% en el Censo de 1950, para pensar que el postulado de igualdad entre los sexos lucía entonces más remoto. Por otra parte, ante esa primera Asamblea Legislativa se aparecían como inmediatas y urgentes una serie de tareas políticas que cumplir, de reacción contra el gobierno de 1940-1949 y de reacción también contra la Junta de Gobierno de 1948-1949. Había que crear instituciones nuevas

como la Contraloría General de la República y el Banco Central. Había también, por otra parte, después de una guerra civil y dos años de aceleración del proceso de cambio, intereses en volver a tomar la actividad social con mayor lentitud y disfrutar de la prosperidad que proporcionaba un alza en los precios del café.

En el cambio en la legislación familiar tardó veinticinco años en llegar. Veinticinco años es el espacio de tiempo que cubre un cambio de generación. Puede entonces decirse que se necesitó el tránsito de una generación a otra para que el cambio pudiera ponerse en movimiento.

El período 1966-1970 planteó una serie de tensiones e interrogantes sobre las relaciones entre el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa. El Presidente de la República y la mayoría de la Asamblea pertenecían a agrupaciones políticas y líneas ideológicas diferentes, lo que les impidió ponerse de acuerdo en las materias de mayor importancia gubernativa. Discreparon en obtención de recursos, asignación de presupuestos, solución de conflictos laborales, división del campo económico entre el sector público y privado, y se agredieron mutuamente en el campo político. En forma casi paralela a sus grandes divergencias, como canalización positiva de sus esfuerzos, se enzarzaron en el nombramiento de comisiones que revisarían piezas fundamentales de la legislación. El Poder Ejecutivo decidió crear una para formular un proyecto de Ley General de la Administración Pública. Mientras tanto, la Asamblea creaba toda una serie de comisiones para ocuparse de legislación municipal, legislación penal, legislación laboral y legislación de familia. Algunos de los esfuerzos realizados tuvieron un éxito completo: el Código Penal, el de Procedimientos Penales y el Municipal fueron aprobados sin mayor esfuerzo, tan pronto estuvieron listos. La revisión que efectuara una de las comisiones permanentes de la Asamblea del Código Electoral, dada la necesidad constitucional de contar con la aprobación del Tribunal Supremo de Elecciones para convertirse en ley con mayoría simple, apenas si tuvo éxito en algunos de sus postulados que tiempo después se transformaron en reformas legales. Otros como la Ley General de la Administración Pública recibieron dictamen, después de su estudio por una Comisión Legislativa, pero no han llegado todavía a ser aprobados. Finalmente, la revisión del Código de Trabajo no adquirió siquiera la forma de proyecto acabado, pese a que su comisión redactora continuó trabajando después de 1970.

Dentro de la gama de posibilidades y sistemas de elaboración de ese movimiento codificador, el proyecto de Código de Familia tuvo etapas verdaderamente interesantes. La idea de revisar la legislación sobre relaciones familiares surgió en un Seminario celebrado del 28 al 31 de marzo de 1966, bajo el patrocinio del Patronato Nacional de la Infancia, la Caja Costarricense de Seguro Social y el Ministerio de Trabajo. Una de las asistentes al Seminario, la Diputada Cecilia González de Penrod, llevó la inquietud a la Asamblea Legislativa. Esta, por Acuerdo N° 2 de 13 de noviembre de 1968

nombró una Comisión compuesta de expertos en la materia y de Diputados en ejercicio. Tuvieron el primer carácter los Licenciados Eladio Vargas Fernández, profesor de Derecho Civil, Luis Casafont Romero, representante del Patronato Nacional de la Infancia, Nury Vargas Aguilar de Montes de Oca, Directora de Bienestar Social, María Eugenia Vargas Solera, Juez Tutelar de Menores, y el Presbítero Alberto Izaguirre, Director de Defensa Social. Actuamos en nuestra condición de Diputados, doña Cecilia González Salazar de Penrod, doña Graciela Morales de Echeverría, don Noel Hernández Madrigal, don Alberto Delgado Bonilla y el que escribe, quien fue electo Presidente de la Comisión.

Por renuncia de la Lic. Vargas Solera se dio el carácter de miembro de la Comisión al Lic. Hernando Arias Gómez, quien fungía entonces como Secretario, y en su lugar se nombró para este último cargo a don Gerardo Trejos Salas. La Lic. Vargas Aguilar fue sustituida en dos ausencias suyas por las Licenciadas Grace Rojas Franco una vez y por la Licenciada Flory Saborío de Schmidt, la otra; el Diputado Delgado Bonilla fue sustituido por el Diputado Lindberg Quesada Alvarez y éste, a su vez fue reemplazado por el Legislador Ovidio Murillo Murillo.

Más importante que la comisión se compusiera de Diputados y expertos, fue el hecho de que cuatro de sus diez componentes fueran mujeres. La presencia de lo que un Diputado bautizó dentro de la jerga parlamentaria, como una "Bancada femenina", fue un aspecto de mucha importancia para el propósito señalado por la Comisión de desarrollar el principio de igualdad entre sexos, que tenía casi veinte años de estar consagrado en la Constitución.

Redactar una ley larga y complicada por una comisión heterogénea es una tarea sumamente lenta. Si se quiere rapidez es preferible encomendar esa labor a un único experto, que puede producir un proyecto de mayor precisión gramatical y contenido científico de esa manera, se pierde en representación balanceada de los criterios encontrados que puedan existir sobre la materia legislada. El ejercicio de la función de legislador en una sociedad democrática es siempre una labor de transacciones y compromisos, y redactar proyectos de ley es apenas la parte inicial de ella. Pero el proceso definitivo, la redacción de los capítulos que se dedican a las distintas instituciones, el pulimento y la coordinación de los textos se convierten en tarea sumamente prolongada.

No es de extrañar que la tarea de preparación del proyecto de Código de Familia se llevara de noviembre de 1968 a abril de 1970, dieciocho meses de labor, al final de los cuales se había completado tan sólo las normas sustantivas del Código. Las Partes II, Procedimientos Administrativos, y III, Procedimientos Judiciales, apenas fueron esbozadas en las discusiones de comisión y todavía esperan una redacción.

Como sistema de trabajo se intentó primero que los expertos prepararan observaciones al Libro I del Código Civil y se concibió la tarea como una revisión general de dicho Libro. Pero ambos cri-

terios fueron abandonados a los pocos meses de trabajo. En su lugar, se acordó discutir cada tema en reuniones de la Comisión, preparar luego un texto que acogiera la tesis que gozaba del favor de la mayoría, para realizar con posterioridad una segunda discusión sobre aspectos de forma. En la etapa inicial se incluyó, con bastante frecuencia, audiencias para escuchar el criterio de expertos en las materias no jurídicas con evidente relación con los temas. Así se oyeron psiquiatras sobre capacidad mental, ginecólogos sobre duración del embarazo, pediatras sobre tratamiento médico de los niños, sacerdotes sobre celebración del matrimonio.

La aceptación de la autonomía del Derecho de Familia y la decisión de redactar un Código nuevo y no una Reforma del Civil fue uno de los momentos cruciales de la tarea de la Comisión. Hubo para ello consideraciones de mantener un número igual de artículos al Libro I del Código Civil. Pero aceptó igualmente la Comisión Redactora el criterio de que el Derecho de Familia es una disciplina autónoma, en la cual el espíritu de lucro juega un papel secundario, y tienen mayor importancia la protección de los hijos, el mantenimiento de la familia y el desarrollo de las relaciones entre sus miembros, en un plano de igualdad y mutuo respeto.

Al llegar el 30 de abril de 1970 y terminar sus funciones la Asamblea Legislativa que la había nombrado, la Comisión nos designó al Secretario, y al Presidente para efectuar una revisión final del texto. Esa oportunidad fue aprovechada para incluir entre las reformas al Código Civil un capítulo sobre el nombre de las personas y otro sobre los derechos de la personalidad, que no habían sido discutidos por la Comisión Redactora.

La circunstancia de que el proyecto de Código de Familia fuera entregado a una Asamblea Legislativa distinta de la que había dispuesto y realizado su preparación es un factor que explica la tardanza sufrida luego para convertirse en Ley. Por un largo tiempo, las personas interesadas en la aprobación del Código tuvimos que trabajar desde fuera de la Asamblea Legislativa.

El primero de los pasos tomados tuvo lugar en el Congreso Jurídico Nacional de 1970. El Proyecto de Código constituyó uno de los temas y se conocieron siete ponencias que estudiaban los primeros ciento dieciséis artículos preparados por catorce abogados y un estudiante de Derecho. Se propusieron un total de setenta reformas, la mayor parte de cuestiones de detalle. En el plenario del Congreso la discusión se centró en dos aspectos: la posibilidad de que el Estado reconociera el matrimonio celebrado por otras religiones diferentes de la Católica, y la consideración del adulterio de cualquiera de los cónyuges como causal de divorcio. En el primero de sus puntos el Plenario aceptó la tesis del proyecto, acorde con el liberalismo predominante en materia religiosa. En cambio, en el segundo, la mayoría se inclinó por mantener el privilegio masculino de

que para los maridos la causal debía ser "concubinato escandaloso" y no adulterio (2). El Congreso hizo constar que consideraba "el pro-

- (2) La circunstancia de que no eran preocupaciones doctrinales sino la defensa de un privilegio masculino, lo que motivó la decisión del Plenario del Congreso puede verse en que el argumento de mayor éxito para la recomendación hecha fue el poema siguiente del Lic. Jesús Murillo que circuló ese día:

"Proyecto del nuevo Código Familiar"

Artículo 41.—Será motivo para decretar el divorcio:

- 1) El adulterio de cualquiera de los cónyuges...

MENSAJE DESESPERADO

Ah diantres! Esto es sal...!
Se han jalado una reforma
que todito lo transforma.
Qué bárbaros! qué causa!!
Eso es malo! qué tortota!
Ya no puede un maridillo
tener ratitos de pillo
o rebuscarse una "J".
El adulterio va a ser,
para colmar nuestros males,
igual en los tribunales
si es del hombre o la mujer...
Pero bendito sea Dios!
Cómo puede ser igual,
el olvido conyugal
que haga alguno de los dos...
Cualquier esposo decente,
que se "encuentre" un piloncito,
lo acepta inmediatamente.
Pasa una hora placentera,
y sin que esto a nadie asombre
puede que ignore hasta el nombre
de su fugaz compañera...!
Pero a pesar de que goza
con la guapa acompañante,
no ha dejado ni un instante
de querer siempre a su esposa...
En cambio, cuando es la dama,
quien alegre y placentera,
le coloca una cachera,
a quien su esposo se llama.
esto indica que hay olvido
de aquel cariño que otrora
y que ella prefiera ahora,
al suplente del marido...
La pretendida igualdad
en este campo no cabe
y todo el mundo lo sabe,
por razón de honestidad.

Lo dicho no es un misterio,
no son argumentos "gachos".
Si la mujer pone cachos
los pone grandes y serios...!
Pero el encuentro casual.
La esposa se reconcilia
dejando que el tiempo pase,
más que si es ella la que "lo hace",
puede hasta haber más familia!
Es cosa, pues, diferente,
no se puede comparar...!
Lo primero es "parrandear";
lo segundo, permanente...
Claro que puede el esposo
tomar en serio una "J",
pero entonces, ya denota,
concubino escandaloso...!
Si es la esposa quien "COJEA",
se trata ya de un amante,
pues en ese caso es más constante,
y el marido se chotea!
Además por otro lado
los divorcios serán tantos,
que después vendrán los llantos,
de cónyuges divorciados.
En momentos de furor
cuando la esposa está que arde
porque el viejo llegó tarde
y hasta oloroso a licor,
demostrará sin gran lata
que ha existido la causal
probando ante el Tribunal,
la "levantada de bata...".
Habrá divorcios de prisa,
por un beso callejero,
por un lance pasajero,
o por rouge en la camisa...
Como no está de causal
el mutuo consentimiento,
si se llegara el momento
de que un hogar marche mal
y se quieran divorciar,
resultará divertido,
aconsejarle al marido
que se vaya a parrandear.
Se logra así provocar
con sólo algún "lancecillo",
el divorcio más sencillo
que se pueda imaginar...!
No quedará matrimonio,
que dure mucho o poquito,
porque a excepción del suscrito
(que es más fiel que San Antonio)
todo esposo con donaire,

yecto de Código de Familia como un gran avance en nuestra legislación sobre la materia. Hay en él importantes innovaciones que realizan plenamente postulados incluidos en la Constitución Política, que representan el resultado de la experiencia tanto administrativa como judicial sobre la materia"⁽³⁾.

La Asamblea Legislativa recibió el proyecto de la Comisión Redactora en mayo de 1970. Fue acogido para su trámite por el Lic. Daniel Oduber, entonces Presidente de la Asamblea y publicado en Alcance de La Gaceta N° 125 de setiembre de 1970. La Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos inició su conocimiento el 16 de noviembre de 1970, y rindió dictamen el 19 de julio de 1973, sea dos años y medio después.

El término de estudio tan prolongado revela una de las dificultades inherentes al conocimiento de un proyecto de ley amplio y complicado por una Comisión de nuestro Poder Legislativo. En éste, aquellos proyectos que tienen un interés político partidista o que, por su brevedad, pueden ser analizados con rapidez, son los que se mueven dentro de los términos reglamentarios que señalan diez días para el trámite en Comisión. En cambio, un proyecto que no cuenta con el respaldo de uno o varios de los grupos políticos representados en la Cámara, que carezca del soporte de un grupo de presión o el interés particular de un Diputado, tiene casi segura la

cuando ve a una minifalda,
siente un calambre en la espalda,
y se echa su cana al aire...!
Y es que hay cada tentación
que exhibe "cosas" tan bellas,
que uno queda viendo estrellas,
y le sube la presión...
Esta reforma es fatal...
NO! IMPOSIBLE! HAY QUE LUCHAR!
Ya no se puede lanzear.
"GUERRA A MUERTE A LA CAUSAL".
Son derechos adquiridos
que nos quieren restringir...
Lo debemos impedir...!
A la huelga los maridos...!
Luchemos pues amigos
para evitar tanto mal,
pues si triunfa esta causal
viviremos amohinados...
Las esposas lograrán
causarnos sustos y friegas
y entonces sé, oh amigos!
hay que vender el diván...!

Marido Honesto"

(3) Informe de la Comisión sobre Código de Familia. Congreso Jurídico Nacional. Revista Colegio de Abogados, tomo XXVII, número 19, marzo 1971 p. 31

posibilidad de fallecer en Comisión por el transcurso de los dos años que el reglamento señala como período máximo para el trámite de un proyecto de ley.

Es sorprendente que esa no fuera la suerte corrida por el proyecto de Código de Familia. Pese a todos sus tropiezos, el dilatado trámite no revela la existencia de un deseo de liquidar el proyecto. De noviembre, 1970 a mayo de 1971 el estudio se realizó por la Comisión de pleno; del 25 de mayo de 1971 hasta el 11 de enero de 1972 pasó a una Sub-Comisión que celebró 85 sesiones pero ni siquiera rindió un informe. Durante todo ese tiempo, el trabajo fue bastante errático: se realizaron algunas audiencias, se dio lectura a algunos textos y por sobre todo, se leyó y relejó el proyecto. Pareciera, a juzgar por las actas, que en ningún momento se consultarían las actas de la Comisión Redactora.

No fue sino en mayo de 1972 que el conocimiento del proyecto adquirió un carácter ordenado y sistemático. Para entonces había dos elementos nuevos en el proceso: se había constituido un grupo de presión interesado en la aprobación del proyecto, y llegó a la presidencia de la Comisión de Asuntos Jurídicos, en mayo de 1972, el Lic. Jorge Solano Chacón, quien desarrolló un interés auténtico en conducir el futuro Código, a través de cada una de las etapas legislativas.

El grupo de presión estuvo formado por varias organizaciones femeninas. El movimiento fue iniciado por dos profesoras de la Escuela de Derecho, las Licdas. Sonia Picado y Elizabeth Odio. Ellas interesaron al Comité de Cooperación de Costa Rica de la Comisión Interamericana de Mujeres y a la Federación de Mujeres Profesionales. Estas celebraron una serie de reuniones para dar a conocer el Proyecto, obtuvieron que la Comisión de Asuntos Jurídicos pidiera al Plenario que el trámite continuara después de vencerse el plazo de los dos años, y visitaron la Comisión en varios grupos, a abogar por la rendición del dictamen. Como resultado de esa tarea, al iniciarse las sesiones ordinarias en mayo de 1972, el Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos se refirió a la existencia de "cierta presión pública, que se hace por medio de publicaciones, para que se apruebe o que salga cuanto antes el Código de Familia"⁽⁴⁾. Puede decirse que el trámite de este proyecto representa el primer caso de actividad de un grupo de presión femenino, sobre el Poder Legislativo⁽⁵⁾.

(4) Acta de la Sesión N° 24 de 22 de mayo de 1972. Intervención del Diputado Jorge Solano Chacón.

(5) Dicha actitud contrasta con la absoluta indiferencia con que esos grupos vieron la derogatoria de la Ley N° 4277 de 16 de diciembre de 1968, que establecía el patrimonio familiar. A ese respecto, la Lic. Sonia Picado dijo en la Comisión de Asuntos Jurídicos: "A nosotras, las abogadas, nos tomó —yo diría que dormidas— o de sorpresa. la derogación de la ley de patrimonio familiar". Acta de la sesión N° 53 de la Subcomisión que estudia el Código de Familia, 5 de octubre de 1971.

Fue, sin embargo, la actuación del Diputado Jorge Solano Chacón como Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos, la que determinó la aprobación del Proyecto. Bajo su dirección, se relejó el proyecto, se concedieron audiencias, se consultó a tratadistas y finalmente, en julio del 72, se inició la discusión y votación, en detalle, artículo por artículo. La causal por infidelidad conyugal para el caso de los maridos volvió a ser motivo de amplio debate, aunque aquí sí triunfó finalmente la tesis de la igualdad⁽⁶⁾.

La Comisión de Asuntos Jurídicos realizó una serie de cambios sustanciales en el proyecto: suprimió la validez de los matrimonios celebrados por religiones distintas a la Católica, transformó el capítulo de adopción con aprovechamiento de un valioso trabajo preparado por el Lic. Gerardo Trejos, agregó el divorcio por mutuo consentimiento, liberalizó la investigación de paternidad e hizo posible el reconocimiento de hijos nacidos después de la separación de los padres, producto de una unión extramatrimonial, suavizando la presunción absoluta de que cualesquiera hijo nacido a persona vinculada en matrimonio debía tenerse como hijo también del otro cónyuge.

Terminado el conocimiento del proyecto, su texto fue objeto de circulación, permitiéndole a un grupo de profesores de Derecho, que nos reunimos a ese efecto⁽⁷⁾, plantear una serie nueva de observaciones, muchas de las cuales fueron acogidas por el Diputado Solano Chacón.

En la parte final del trámite desempeñó una valiosa labor de apoyo, el recién organizado Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa.

El dictamen fue rendido con fecha 19 de julio de 1973 y sólo entonces apareció un intento de paralizar el trámite del proyecto o de modificar algunas de sus disposiciones en materia de divorcio e investigación de paternidad. La Liga Espiritual de Profesionales Católicos, Sección Jurídica, se dirigió a la Asamblea pidiendo la reforma de una serie de artículos y en general, la reconsideración del proyecto.

El Plenario de la Asamblea inició el debate sobre el Código el 10 de octubre, habiendo conocido únicamente una serie de mociones del Diputado Solano Chacón, que fueron todas aprobadas. Ningún Diputado acogió para su trámite las mociones de la Liga Profesional de Católicos, por lo cual no hubo discusión sobre ellas. El 17 de octubre fue aprobado en primer debate y el 1 de noviembre de 1973 se le dio el tercero. El 21 de diciembre de 1973 fue firmado por el Presidente de la República, señalándose una vigencia a partir de los seis meses desde su publicación.

(6) La Comisión le dedicó cinco sesiones a este punto, Sesiones N° 86 a 90, celebradas del 5 al 7 de julio de 1972.

(7) Lic. Elizabeth Odio, Dres. Juan Luis Arias, Mauro Murillo y Gerardo Trejos, Lic. Hernando Arias y el suscrito.

Visto el proceso de su formación es indudable que nadie puede considerarse autor único del Código de Familia. La Comisión Redactora es responsable de la versión inicial, pero ésta fue objeto de modificaciones de forma y fondo, como resultado de la actividad del Primer Congreso Jurídico Nacional, del estudio presentado por el Lic. Gerardo Trejos, de las reformas sugeridas por el grupo de profesores de la Escuela de Derecho y de la acción particular de los diputados, especialmente del Diputado Solano Chacón. Este, en su condición de principal motor de la aprobación del proyecto, fue quien tuvo una mayor responsabilidad en las decisiones tomadas pero es indudable que actuó con espíritu abierto y recogió todas las sugerencias posibles. Dado ese proceso, el problema para una interpretación de tipo subjetiva, de las que confunden la *mens legis* con la *mens legislatoria*, habrá de ser bastante complicado.

El proyecto no llegó a generar en ningún momento un interés político. Su aprobación final se produjo a menos de tres meses de una elección presidencial, sin que ninguno de los partidos participantes en ella —y eran siete— alzara bandera en contra de alguna de sus disposiciones. Se mantuvo en trámite en la Comisión de Asuntos Jurídicos, gracias a ser ésta la de menor trabajo dentro de las permanentes de la Asamblea. Debíó igualmente influir el hecho de que, contra la práctica usual de que el número de abogados en ella sea pequeño, para el conocimiento del Código, Asuntos Jurídicos llegó a contar con cinco diputados abogados, sea la mitad de ella, lo cual constituye un caso excepcional⁽⁸⁾.

Cabe hacer notar la absoluta ausencia de participación del Poder Ejecutivo durante todo el proceso de formación del Código. Ni durante la elaboración del proyecto ni en el curso de su estudio y aprobación, ninguno de los dos Presidentes de la República que gobernaron, ni sus colaboradores más cercanos, tuvo nada que decir sobre ese proceso. Ello contradice la difundida imagen de que todos los proyectos de largo alcance y complicada preparación son elaborados por el Poder Ejecutivo y que en la Asamblea se originan únicamente leyes de corte político o de interés puramente local. Revela ese hecho las posibilidades de la Asamblea Legislativa de interesarse y tomar una parte destacada en la adecuación de las normas jurídicas a los procesos cambiantes.

Podría hablarse de que la tarea de cambio de la legislación de familia fue una tarea puramente intelectual, realizada al nivel de

(8) Los Diputados Jorge Solano Chacón, Rodolfo Leiva Runnebaum, Antonio Jacob Habitt, Gonzalo Monge Herrera y Manuel Mora Valverde, todos participantes en las discusiones y aprobación del Código, aunque el último, desde las primeras sesiones hasta las últimas manifestó un criterio contrario a la aprobación de un Código separado, lo que consideró como "mutilar el Código Civil" (véanse sesiones N° 154 de 27 de noviembre de 1970 y N° 91 de 9 de julio de 1973 de la Comisión de Asuntos Jurídicos. En ambas mantuvo el Diputado Mora Valverde esa tesis).

abogados e intelectuales. Cierto es que el grupo de presión estuvo formado por organizaciones femeninas de tipo urbano, compuestas en su mayor parte por mujeres profesionales⁽⁹⁾. Pero, por otra parte, la falta de reacción contra el esfuerzo o lo leve de ella tiene una indudable relación con dos hechos que afectan profundamente la posición de la mujer en nuestra sociedad, que tuvieron lugar con anterioridad a 1973.

A partir de 1960 se inició en Costa Rica el descenso del índice de natalidad, de manera lenta hasta 1963 y en una forma acelerada, a partir de 1964. Dicho índice, que en 1959 era de 49.3 por mil habitantes, uno de los más altos del mundo, llegó a ser de 31.2 en 1972, sea tuvo un descenso de 17.1 por mil en doce años⁽¹⁰⁾. En forma correlacionada con ese fenómeno, la participación de las mujeres en la población económicamente activa que en 1950 era de 15.4 y que para 1963 apenas si había ascendido a 16.2%, llegó en 1973 a 19.31, demostrando una aceleración en su crecimiento⁽¹¹⁾. Quiere ello decir que la aprobación del Código de Familia tuvo lugar en el momento en que iniciaba en Costa Rica la disminución del papel puramente doméstico de la mujer y el aumento de su participación en otras actividades sociales, que han caracterizado la evolución de todo el mundo occidental.

De la Constitución de 1949 a la vigencia del Código de Familia en 1974, hay un cuarto de siglo. Sin embargo, todo el proceso vivido, no significa en forma alguna que los principios constitucionales de igualdad de los cónyuges ante la ley de familia hayan quedado realizados. En este caso, la supresión de las discriminaciones jurídicas se produce como anticipación o parte del proceso de la eliminación de las discriminaciones sociales, pero no como consecuencia de la desaparición de ellas. Además de las normas constitucionales están ahora las legales para establecer la igualdad. Pero en la realidad subsisten muchas formas de discriminación social por razón de sexo.

Por otra parte, el Derecho de Familia es algo más que una regulación de los desajustes de la vida matrimonial. Cumple la función de medio para la solución de conflictos no sólo entre esposos sino también entre padres e hijos; señala además los medios sustitutivos para la autoridad parental natural, como la adopción y la tutela. Pa-

(9) En el expediente legislativo existe un memorial enviado con fecha 4 de mayo de 1972, por un grupo de mujeres que se reunieron en el Salón Parroquial de Limón y acordaron hacer una instancia sobre la aprobación del Código de Familia. Tiene 32 firmas. Sin embargo, la remisión del memorial fue hecha por la entonces Directora de Bienestar Social, Lic. Nury Vargas, quien había formado parte de la Comisión Redactora, lo que hace pensar que puede haber sido ella la originadora del manifiesto.

(10) DIRECCION GENERAL DE ESTADISTICA Y CENSOS: *Anuario Estadístico. Costa Rica. 1972.* p. 22. Tasas de Natalidad y Mortalidad por 1.000 habitantes.

(11) Censos de Población de 1950, 1963 y 1973.

ra el cumplimiento de esas tareas, no basta con que se hayan mejorado las normas sustantivas.

Es necesario igualmente una reforma procesal, tanto administrativa como judicial. El plan original del Código incluía dos libros más, además del ya aprobado: uno dedicado al procedimiento administrativo y otro al procedimiento judicial. Nada de eso se ha hecho. El Patronato Nacional de la Infancia continúa funcionando con su ley constitutiva y una serie de disposiciones separadas, y todos los procedimientos civiles, que carecen de toda adecuación especial a los problemas de familia que debería esperarse en una legislación que proclama el interés de los hijos como una de sus tareas fundamentales.

Ante esas circunstancias me parece necesario que el Colegio de Abogados señale con ocasión de este Congreso Jurídico la necesidad de continuar la tarea emprendida en esta materia hace casi una década, señalando ante los Poderes del Estado, la necesidad de completar el Código de Familia, con las partes destinadas al procedimiento administrativo y el judicial.

La Corte Suprema de Justicia se ha limitado a la creación de un Juzgado Séptimo Civil en el circuito judicial de San José, especializado en asuntos de familia. Pero, funciona dicho Juzgado con las normas del Código de Procedimientos Civiles y no hay en su composición estructura o funcionamiento, nada que lo diferencie de un juzgado civil corriente y lo aproxime a los tribunales de familia que se tuvieron en mente crear cuando se discutía al Código por la Comisión Redactora.

En la Asamblea Legislativa se ha discutido en dos ocasiones la necesidad de contratar a un procesalista que ayude en la tarea de preparación de las partes procesales del Código, sin que nada de ello se haya concretado.

Una colaboración del Colegio parece importante y ella debe comenzar con la llamada de atención sobre el carácter inconcluso de la reforma realizada. Cuando se estudia el proceso de discusión del Código, se encuentra que las recomendaciones del primer Congreso Jurídico jugaron un papel destacado en el estudio realizado por la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa, por lo que es de esperar que esta nueva participación del Colegio sea bien acogida.

Por ello me permito proponer el siguiente proyecto de resolución.

CONSIDERANDO:

I. Que con la Ley N° 5476 de 21 de diciembre de 1973, Código de Familia, se produjo un cambio sustancial en la Legislación que regula las materias de matrimonio, patria potestad, alimentos; tutela y curatela.

II. Que el cambio realizado en la legislación sustantiva no ha sido completo con la modificación correspondiente de la legislación procesal pertinente manteniéndose vigente una serie de disposiciones en lo administrativo y en lo judicial que no guardan relación con las nuevas disposiciones sustantivas;

III. Que en la concepción original de la Comisión Redactora del Código de Familia, la parte aprobada por la Ley 5476 era sólo el Libro I del proyecto, que debía completarse con un Libro II dedicado al Procedimiento Administrativo y un Libro III referente al procedimiento judicial, en materia de familia;

IV. Que habiendo dado el país el paso de más importancia y difícil en esta materia al modernizar las normas sustantivas, no debe posponerse la realización de un proceso similar en las procesales.

SE ACUERDA:

Instar a la Corte Suprema de Justicia, la Asamblea Legislativa, el Poder Ejecutivo y el Patronato Nacional de la Infancia para que constituyan una Comisión que redacte las normas que deben regir el procedimiento administrativo y judicial en materia de familia.

Ofrecer la colaboración del Colegio de Abogados para la realización de esas tareas.

*

* *

PONENCIAS DEL DEPARTAMENTO LEGAL DEL PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA(*)

Ha considerado el Patronato Nacional de la Infancia, del mayor interés colaborar con el Congreso Jurídico Nacional del año en curso, con una serie de inquietudes producto en su mayoría, de la experiencia diaria vivida en la Institución. Hemos creído conveniente

(*) En páginas anteriores se consignó la forma en que estas ponencias fueron, finalmente, aprobadas por el Plenario.

concretar esas inquietudes en posibles reformas a los textos legales, particularmente al Código de la Familia, con los cuales el Patronato labora constantemente y representan el instrumento necesario para llevar a cabo su cometido de protección a la madre y al menor de edad.

Somos conscientes de que la nueva legislación familiar requiere aún de mayores revisiones a fin de integrarla a los textos legales ya existentes y a la realidad social del país; sin embargo, no pretenden las ponencias que seguidamente ofrecemos agotar esa labor de revisión, sino contribuir en parte, con la experiencia vivida por una Institución que durante cuarenta y cinco años ha sido el único laboratorio más o menos especializado en los problemas jurídicos atinentes a la familia costarricense. Para cumplir con ese cometido, sometemos en consecuencia a consideración de esa Comisión, las siguientes ponencias.

PRIMERA

El artículo 111 del Código de Familia, establece en sus disposiciones generales relativas a la adopción, que el adoptado usará los apellidos del adoptante. Esta redacción excluye aquellos casos, que si contemplaba la anterior ley de adopción en que uno de los cónyuges adopta a los hijos de su consorte, a fin de integrarlos como hijos comunes de su matrimonio de modo que los adoptados sigan utilizando como sus apellidos no sólo los del adoptante sino también los del otro cónyuge. Para lograr esa finalidad, creemos necesario que se reforme dicho artículo para que se lea así:

“Artículo 111.—El adoptado usará los dos apellidos del adoptante, si éste fuere soltero, divorciado o viudo. Si fuere casado, usará el primer apellido del marido y a continuación el primer apellido de la esposa. En caso de adopción conjunta, el adoptado formará sus apellidos como en el caso anterior”.

SEGUNDA

En cuanto al artículo 126 del Código de Familia, en virtud de considerar que choca con nuestra Constitución Política, concretamente, con el artículo 53, que establece el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres conforme a la ley, hemos considerado que el artículo 126 del Código de Familia impone a una persona una condición civil que tendrá que soportar contra su propia voluntad y aún cuando en el transcurso del tiempo posterior a la adopción ocurran situaciones que hagan imperiosa para esa persona buscar su filiación natural, lo que cerraría el paso, en forma absoluta, a la consecuencia de ese derecho constitucional.

El Patronato propone que dicha norma se adicione a fin de que se le permita al adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, impugnar su adopción.

TERCERA

El artículo 138, párrafo 1º, dispone que ante la decisión del padre en los conflictos de Patria Potestad, puede el Tribunal resolver cosa distinta tomando en cuenta el interés del menor. No señala el artículo quiénes están habilitados para recurrir al Tribunal, lo cual nos parece inconveniente por motivos de protección a la familia legalmente constituida. Estimamos conveniente limitar expresamente ese derecho de recurrir al tribunal, a las partes y al Patronato Nacional de la Infancia, tal y como se limita en el caso del párrafo segundo del artículo 139 del mismo texto legal.

CUARTA

Reformar el artículo 141 del Código de Familia, párrafo primero, en el sentido de que la madre soltera, menor de edad, tenga personería jurídica para representar legalmente al menor, tanto judicial como extrajudicialmente y ejercer todos los otros derechos inherentes a la Patria Potestad que le correspondan a favor de su hijo.

Proponemos, por tanto, que se lea dicho párrafo de la siguiente manera:

“La madre ejerce la Patria Potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio, AUN SIENDO MENOR DE EDAD, y tendrá plena personería jurídica para esos efectos”.

QUINTA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 146, inciso 6, la Patria Potestad se suspende también por el abandono judicialmente declarado. Sin embargo, de conformidad con las atribuciones que la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia le confiere a esta entidad, la declaratoria que por vía administrativa ésta realiza, deviene finalmente en una suspensión de la Patria Potestad en los padres del menor. De ahí, que nos parece conveniente vincular con el Código de Familia esa suspensión que dicho texto legal omite, pero que repetimos, existe conforme a la citada Ley Orgánica. Proponemos, entonces adicionar el artículo 146 del aludido Código, con un nuevo inciso que se lea así: “7—Por la declaratoria de abandono administrativamente declarada por el Patronato Nacional de la Infancia”.

SEXTA

Dados los efectos de la declaración de abandono judicial y administrativa, de suspender el ejercicio de la autoridad parental, resulta indispensable que la misma tenga la publicidad que confiere el Registro Civil a las anotaciones marginales que se hagan a los asientos de nacimiento. De ahí que proponemos que las autoridades que decreten tales abandonos queden obligadas a remitir a dicho Registro la existencia de esa declaración, pero únicamente en lo que hace a la suspensión de la Patria Potestad. A ese efecto adicionaría con un párrafo final al artículo 146 del Código de Familia, que diría así:

“Los funcionarios, tanto judiciales como administrativos que en razón de este artículo suspendan en sus resoluciones la autoridad parental, deberán comunicarlo de oficio al Registro Civil para su anotación marginal, limitando tal comunicación a lo relativo a esa suspensión”.

SETIMA

Considerando que la persona de sesenta años o mayor de esa edad, es un individuo capaz de todo sentido, eso por los adelantos en la medicina y en las técnicas relativas a la salud, y considerando también que existen muchas personas que se deciden a ser padres a una edad ya avanzada, con el agravante que cuando tengan sesenta años se eximirían de la obligación alimentaria con el consecuente perjuicio para sus hijos, los cuales necesitan aún más ayuda económica de sus padres en esa época, esta entidad considera necesaria la reforma al artículo 152 del Código de Familia, para que al final del mismo se lea: “Siendo mayor de 60 años la persona queda obligada al pago”.

*
* *

21 de agosto de 1975

Señores Diputados
Asamblea Legislativa
CIUDAD.—

Estimados señores:

El Colegio de Abogados celebrará su Tercer Congreso Jurídico Nacional, entre el ocho y el doce de setiembre del presente año. En

esta ocasión, la Comisión que nos ha correspondido dirigir, tratará el tema “La igualdad ante la Ley”, tomando como base el Código de Familia y la Constitución Política. En relación con este último tema, el Lic. Manuel Ventura ha presentado una ponencia que analiza la desigualdad geográfica que conlleva la forma de elegir los diputados a la Asamblea Legislativa.

El Lic. Ventura propone la división del país en distritos electorales, como una forma más justa y lógica de elegir a nuestros representantes. Debido al interés que este tema puede despertar en ustedes y lo importante que sería para nosotros el conocer su opinión, les adjuntamos la ponencia citada y los invitamos a que colaboren enviándonos sus sugerencias al Colegio de Abogados antes del ocho de setiembre.

Agradeciéndoles de antemano su atención, nos suscribimos de ustedes,

Muy atentamente,

Lic. Sonia Picado de Oreamuno
Coordinadora

Lic. Elizabeth Odio B.
Relatora

DISCRIMINACION GEOGRAFICA EN LA ELECCION DE DIPUTADOS AL PODER LEGISLATIVO EN COSTA RICA

Ponente: Lic. Manuel E. Ventura Robles

Desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial, soplan al derecho constitucional unos aires de renovación, que son en esencia un afán de vitalidad y realismo. Es que el derecho constitucional, como ciencia que agotaba el objeto de su estudio en la exégesis de la norma constitucional, era una disciplina que corría el peligro, como dice Pablo Lucas Verdú, “de anquilosarse asfixiada bajo el peso de tantas consideraciones abstractas e inútiles”⁽¹⁾.

Esa renovación y cambio vino de la concepción sociológica del derecho constitucional, cuyo más egregio representante es el profesor francés Maurice Duverger. Esa nueva perspectiva sociológica nos va

(1) VERDÚ, PABLO LUCAS. *Maurice Duverger y la nueva escuela francesa del derecho constitucional*. En *Prólogo a la primera edición española de Instituciones Políticas y Derecho Constitucional de Maurice Duverger*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1970. Página 21-22.

a permitir un análisis jurídico tanto más técnico como profundo, ya que la misma perspectiva sociológica lo precisa así.

Esa nueva escuela del derecho constitucional con el profesor Duverger a la cabeza, lo que básicamente pretende es no agotar el estudio de la disciplina constitucional en la constitución, sino describir y revelar una realidad o muchas realidades, usando de la descripción y del método sociológico. Este es el gran cambio desde el punto de vista cualitativo.

Pero ese cambio ha sido también de orden cuantitativo en la ciencia constitucional, ya que su contenido se ha ampliado sustancialmente y se ha transformado su sistemática. Ahora, considera Duverger, que el derecho constitucional debe de estudiarse conjuntamente con las instituciones políticas; de ahí el nombre de su obra: "Instituciones Políticas y Derecho Constitucional".

Así pues, se pretende recoger elementos sustanciales de la realidad política, ya que las instituciones políticas son entidades muy concretas de naturaleza tanto jurídica como social, y sistematizar por lo tanto un derecho constitucional acorde con esas instituciones estudiadas, derecho constitucional pues, que nos sirve tanto para describir, conocer y regular esa realidad conocida.

Debe de señalarse que no debe de haber motivo de alarma y pensarse que el jurista debe dedicarse al análisis de las estructuras sociales. No vamos a ser testigos de la desaparición de los inexcusables postulados jurídicos. Sencillamente, las estructuras sociales son las bases de los epifenómenos normativos.

Es de acuerdo con este nuevo espíritu que anima al derecho constitucional, como se debe de analizar el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política. Ese párrafo estatuye que los diputados serán elegidos por provincias. Pero la realidad es otra. El diputado costarricense se elige por cantón.

Don Alberto F. Cañas considera, que el hecho de que el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política establezca que los diputados serán elegidos por provincias, "es una ficción jurídica"⁽²⁾. Que "Este es uno de los casos en que la ley desmiente a la realidad social y está siendo desmentida por ella"⁽³⁾. Y Christopher Baker, en "La Asamblea Legislativa de Costa Rica: una evaluación preliminar de su función decisoria", nos dice que "la mayoría de los diputados en la realidad, son nombrados como representantes cantonales y operan como tales"⁽⁴⁾.

(2) CAÑAS ESCALANTE, ALBERTO F. "Columna Chisporroteos". Diario La República de 30 de agosto de 1969. Página 9.

(3) CAÑAS ESCALANTE, ALBERTO F. "Columna Chisporroteos". Diario La República de 30 de agosto de 1969. Página 9.

(4) BAKER, CHRISTOPHER E. *La Asamblea Legislativa de Costa Rica: una evaluación preliminar de su función decisoria*. Revista de Ciencias Jurídicas N° 18 Escuela de Derecho. Universidad de Costa Rica. Diciembre de 1971. Pág. 424.

El sistema que existe opera de la siguiente manera: se inscribe una papeleta por cada provincia, pero los puestos dentro de cada papeleta provincial se distribuye con criterio cantonal, con excepción de los cinco primeros puestos por la provincia de San José, que corresponden a los llamados "diputados nacionales". Pero dada la condición socio-económica de estos "diputados nacionales", casi siempre provienen de los mismos cantones: el cantón central de San José y cantones vecinos.

Este fenómeno de integrar las papeletas para elegir diputados con criterio cantonal, ha traído como consecuencia que en Costa Rica exista una geografía electoral a nivel legislativo. Es decir, hay zonas geográficas que siempre eligen diputado, y hay zonas geográficas que nunca eligen diputados. Hay zonas geográficas electoralmente privilegiadas, y hay zonas geográficas electoralmente marginadas.

Esto es consecuencia de que se concedan los lugares en las papeletas a los cantones en orden decreciente, de acuerdo a su población electoral. Naturalmente que sólo los cantones más populosos logran elegir diputados. Y siempre los mismos cantones. Agrava esta situación aún más, el hecho de que al seguir este procedimiento las diversas agrupaciones que participan en una contienda electoral, todos los partidos eligen diputados por los mismos cantones, haciéndose más odiosa la diferencia entre las circunscripciones geográficas que eligen representantes y las que no lo hacen, al estar las primeras casi siempre hiper-representadas. Y entre más partidos participen y elijan representantes en una elección con este sistema, más cantones hiper-representados habrá, y menos será el número global de cantones representados.

Veamos ejemplos de cómo opera el sistema en las siete provincias:

Provincia de San José.

La provincia de San José, elige veintiún diputados. Los primeros puestos de las papeletas los llenan los llamados "diputados nacionales", que por lo general viven en el cantón central de San José, o trabajan en él y participan por lo tanto de su vida social y cultural, aunque residan en alguno de los cantones cercanos dada la explosión demográfica y el aumento de tamaño de la ciudad, que usualmente son Montes de Oca y Escazú. Cantones aledaños como Goicoechea y Desamparados tienen derecho a tener diputado dada su población electoral; igualmente dos cantones ya no cercanos de San José: Pérez Zeledón y Puriscal.

El ejemplo que daré fue la elección de 6 de febrero de 1966, en que el Partido Liberación Nacional eligió diez diputados, el Partido Unificación Nacional nueve y los dos restantes los eligió el Unión Cívico Revolucionaria. La provincia de San José tiene veinte cantones y para la fecha de la elección citada, los ocho cantones que más

electores inscritos tenían eran el cantón central, Desamparados, Goicoechea, Pérez Zeledón, Tibás, Escazú, Puriscal y Montes de Oca. Y en los dos partidos mayoritarios ocuparon con personas provenientes de esos cantones, con excepción de Tibás, los puestos elegibles, operándose el fenómeno de que sólo esos cantones eligieron representantes y estuvieron hiper-representados al obtener más de uno (5).

Veamos el ejemplo, poniendo a la par del nombre del diputado su cantón de procedencia: (6)

Elecciones del 6 de febrero de 1966.

- 1—Rodrigo Carazo Odio-Escazú.
- 2—Fernando Volio Jiménez-Montes de Oca.
- 3—José Luis Molina Quesada-Central.
- 4—Matilde Marín Chinchilla-Montes de Oca.
- 5—Carlos José Gutiérrez Gutiérrez-Montes de Oca.
- 6—Ramón Ramiro Barrantes Elizondo-Pérez Zeledón.
- 7—Harry Arrieta Quesada-Goicoechea.
- 8—Carlos Luis Fernández Fallas-Desamparados.
- 9—Cecilia González Salazar-Escazú.
- 10—Mario Charpantier Gamboa-Puriscal.
- 11—Fernando Trejos Escalante-Central.
- 12—Guillermo Villalobos Arce-Montes de Oca.
- 13—Fernando Lara Bustamante-Central.
- 14—Orlando Sotela Montagné-Central.
- 15—José Hine García-Central.

(5) Los datos sobre electores inscritos para participar en elecciones populares y los nombres de personas elegidas como diputados son tomados para este ejemplo y lo serán para los demás de:

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES (REPUBLICA DE COSTA RICA). *Cómputo de votos y declaratorias de elecciones para Presidente y vicepresidentes, diputados a la Asamblea Legislativa, regidores y síndicos municipales.* 1953, 1958, 1962 y 1966. San José, Costa Rica. 1969.

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES (REPUBLICA DE COSTA RICA). *Cómputo de votos y declaratorias de elección para Presidente y vicepresidentes, diputados a la Asamblea Legislativa, regidores y síndicos municipales.* Elecciones del 1° de febrero de 1970 y elecciones municipales en los nuevos cantones de Upala, Los Chiles, Guatuso, La Cruz, Talamanca y Matina. San José, Costa Rica. 1970.

(6) Los datos sobre el cantón de procedencia de cada diputado en este ejemplo y los siguientes, son tomados de mi tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica en 1974, titulada "Algunos aspectos de la representación política legislativa en Costa Rica".

- 16—Manuel Antonio Mata Morales-Pérez Zeledón.
- 17—Graciela Morales Flores-Montes de Oca.
- 18—Luis Alberto Azofovea Solís-Montes de Oca.
- 19—Frank Marshall Jiménez-Central.
- 20—René Aguilar Vargas-Santo Domingo de Heredia.
- 21—Ramiro Brenes Gutiérrez-Central.

Siete representantes provenían del cantón central; seis de Montes de Oca; dos de Escazú; dos de Pérez Zeledón; uno de Desamparados; uno de Puriscal; uno de Goicoechea y uno de Santo Domingo de Heredia. Como se ve, de veinte cantones que tiene la provincia de San José, había siete cantones representados, de los cuales cuatro estaban hiper-representados, sumando entre el cantón central de San José y Montes de Oca trece diputados, lo que equivale al 61,90% de la representación de la provincia de San José.

Provincia de Alajuela.

En el caso de Alajuela, los primeros puestos de las papeletas son ocupados por ciudadanos de los cantones más poblados: el central, Grecia y San Ramón, como voy a mostrar a continuación:

Elecciones del 6 de febrero de 1966.

Provincia de Alajuela:

- 1—Antonio Arroyo Alfaro-Central.
- 2—José Rafael Vega Rojas—Grecia.
- 3—Arnulfo Carmona Benavides-San Ramón.
- 4—Freddy Arroyo Ramírez-San Carlos.
- 5—Roberto Chacón Murillo-Central.
- 6—José Antonio Bolaños Rojas-Grecia.
- 7—Ricardo Román Román-Atenas.
- 8—Lindbergh Quesada Alvarez-San Carlos.
- 9—Germán Gago Pérez-Naranjo.
- 10—Trino Jiménez Zamora-San Ramón.

Dos representantes provenían del cantón central; dos de Grecia; dos de San Ramón; dos de San Carlos; uno de Naranjo y uno de Atenas. Alajuela tiene actualmente quince cantones y doce tenía en 1966; de los doce había seis representados, de los cuales cuatro estaban hiper-representados.

Provincia de Cartago.

Cartago elige siete diputados y tiene ocho cantones. Con Cartago sucede que encabeza la papeleta una persona del cantón central; el segundo lugar lo ocupa un turrialbeño y el tercero el centro de nuevo. Sobra decir que el cantón central y Turrialba son los cantones más poblados de la provincia. Veamos:

Elecciones del 1º de febrero de 1970.

Provincia de Cartago:

- 1—Eladio Alonso Andrés-Central.
- 2—Jorge Solano Chacón-Central.
- 3—Yolanda Otárola Préndiga-Turrialba.
- 4—Rodolfo Leiva Runnebaum-Central.
- 5—Rogelio Carazo Paredes-Turrialba.
- 6—Angel Edmundo Solano Calderón-La Unión.
- 7—Emilio Piedra Jiménez-Central.

Cuatro representantes provenían del cantón central; dos de Turrialba y uno de La Unión. Solo tres cantones obtuvieron representación, y dos de ellos estuvieron hiper-representados. El cantón central con cuatro diputados acaparó el 57.14% de la representación y Turrialba con dos diputados el 28.57%, lo que significa que en Cartago dos cantones acapararon el 85.71% de la representación de la provincia.

Provincia de Heredia.

Heredia elige tres diputados solamente y tiene diez cantones y el cantón más poblado es el central. La elección de 1966 me sirve de ejemplo para ilustrar la situación de Heredia.

Elecciones del 6 de febrero de 1966.

Provincia de Heredia:

- 1—Fernando Gutiérrez Benavides-Central.
- 2—Alfredo Vargas Fernández-Central.
- 3—Enrique Azofeifa Víquez-Flores.

Dos de tres representantes provenían del cantón central y uno del de Flores. En Heredia el cantón central siempre está hiper-representado.

Provincia de Guanacaste.

Para la elección de 1970 existían en Guanacaste nueve cantones y actualmente tiene once. Los cantones que para la elección tenían más población electoral eran Nicoya, Santa Cruz y Liberia. Guanacaste elige seis diputados.

Elecciones del 1º de febrero de 1970.

Provincia de Guanacaste:

- 1—Rosa Alpina Aiza Carrillo-Nicoya.
- 2—Asdrúbal Ocampo Ocampo-Liberia.
- 3—José Bonilla Dib-Abangares.
- 4—Jorge Bonilla Dib-Abangares.
- 5—Rodrigo Brenes González-Santa Cruz.
- 6—Pedro Aráuz Aguilar-Nicoya.

Los cantones de Nicoya y Abangares tuvieron dos representantes cada uno; uno el cantón de Liberia y otro Santa Cruz. No deja de extrañar el hecho de que Abangares, cantón que no es de los más grandes electoralmente hablando, tuviera igual número de diputados que Nicoya, que tenía más de cinco veces la población electoral de Abangares. De nueve cantones había cuatro representantes, de los cuales dos estaban hiper-representados.

Provincia de Puntarenas.

Puntarenas elige siete diputados y contaba en 1970 con ocho cantones. Los cantones de más población electoral eran el central y Golfito. Esta fue la situación que se presentó:

Elecciones del 1º de febrero de 1970.

Provincia de Puntarenas:

- 1—Rafael París Steffens-Central.
- 2—Mireya Guevara Fallas-Central.
- 3—Pedro Gaspar Zúñiga-Parrita.

- 4—Gonzalo Segares García-Golfito.
- 5—Gonzalo Lizano Ramírez-Central.
- 6—Edgar Chaverri Solano-Golfito.
- 7—Daniel Barrantes Campos-Osa.

Tres de los representantes provenían del cantón central; dos de Golfito; uno de Osa y uno de Parrita. El cantón central y Golfito acapararon el 71.42% de la representación legislativa. De ocho cantones había cuatro representados, de los cuales dos estaban hiper-representados.

Provincia de Limón.

Limón, al igual que Heredia, elige únicamente tres diputados, y tenía tres cantones durante las elecciones de 1970. Actualmente tiene seis. El cantón central lógicamente era el más poblado, y ésta fue la situación que se presentó:

Elecciones del 1º de febrero de 1970.

Provincia de Limón:

- 1—Asís Esna Miguel-Central.
- 2—Rogelio Pardo Jochs-Central.
- 3—Reinaldo Maxwell Kennedy-Central.

Los tres representantes provenían del hiper-representado cantón central, que acaparó el 100% de la representación de la provincia.

Debo agregar, que este es un hecho que se repite en cada elección. Es un fenómeno positivamente constatable, y así yo lo comprobé, en los períodos constitucionales que van de 1949 a 1970. La existencia de una geografía electoral cantonal legislativa en Costa Rica, hecho éste agravado por la hiper-representación de ciertos cantones electoralmente privilegiados por el número de sus electores, en detrimento de otros menos populosos, significa una desigualdad odiosa y antidemocrática, que debe desaparecer mediante una legislación adecuada que establezca el distrito electoral, y dé así representación a todo el territorio nacional.

Es por las razones expuestas, que hago la siguiente ponencia:

CONSIDERANDO:()*

- 1) Que pese a que el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política establece que los diputados serán elegidos por provincias, éstos se eligen por cantón.
- 2) Que los puestos en las papeletas provinciales para elegir diputados, se distribuyen con criterio cantonal, en orden decreciente según la población electoral.
- 3) Que como consecuencia de esto existe en Costa Rica una geografía electoral cantonal a nivel legislativo, de acuerdo con la cual solamente ciertas áreas geográficas eligen representantes.
- 4) Que este hecho se agrave aún más, como consecuencia de la hiper-representación que tienen la mayor parte de los cantones representados.
- 5) Que este sistema es antidemocrático ya que discrimina, al no permitir que gran parte de la población de Costa Rica tenga representante en el Poder Legislativo, por la sencilla razón de habitar en zonas poco habitadas.

POR LO TANTO:

EL CONGRESO JURIDICO NACIONAL 1975 recomienda que se reforme el primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política, y que se establezca el distrito electoral como único medio de que se generalice realmente la representación política a nivel legislativo a todo el territorio nacional, y se acabe con la odiosa discriminación que actualmente existe.

PARTICIPACION REAL DE LA MUJER EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PERIODO COMPRENDIDO 1949-1974

CONSIDERANDO:

Licda. Olga Nidia Fallas

I.—Que con la Constitución Política de Costa Rica emitida el 7 de noviembre de 1949, la mujer, por primera vez, adquirió en nuestro país la ciudadanía, y en consecuencia, la obligación a emitir el voto y el derecho a ser electa para cargos públicos;

(*) Esta ponencia fue aprobada tal como se consignó en la pág. 45.

II.—Que nuestra Carta Magna en su artículo 33 establece la igualdad ante la ley, y prohíbe hacer discriminación alguna contraria a la dignidad humana;

III.—Que dentro de esta misma filosofía de igualdad ante la ley, el artículo 108 de la Constitución Política no hace discriminación alguna en cuanto a sexo, raza o religión para ocupar el cargo de Diputado, y establece únicamente tres requisitos que puedan ser igualmente satisfechos por hombre y por mujer;

IV.—Que no obstante ello, la situación de facto no marcha al lado de la de iure, porque, si bien es cierto que la mujer ha sido requerida por los diferentes partidos políticos, no sólo para que emita su voto, sino para que, al lado del hombre, y con la misma intensidad que éste, realice campaña política, y que en la realidad nacional su labor en este campo ha sido altamente efectiva, en la práctica es mínima la oportunidad que se le ha dado para ocupar Curules en la Asamblea Legislativa, al extremo de que en el período en estudio de 365 Diputados, únicamente 18 han sido mujeres lo que da el bajo porcentaje de 4.93 (Ver anexo de estudio);

V.—Que las mujeres constituyen aproximadamente el 50% de los electores inscritos en el país, según datos suministrados por el Tribunal Supremo de Elecciones (totalidad de electores inscritos: 895.406. Hombres, 469.203, mujeres 426.203).

POR TANTO

ACUERDA:

Instar a los Partidos Políticos mediante comunicación escrita a su respectivo Directorio para que en consonancia con el principio de igualdad establecido en nuestra Constitución Política, nominen para el cargo de Diputados en puestos efectivamente electivos, a igual número de hombres que mujeres.

Período: 1949-1953

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 15 horas del 22 de octubre de 1949, declaró electos diputados: Provincia de San José 13; Provincia de Alajuela 10; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 5; Provincia de Guanacaste 5; Provincia de Puntarenas 3; Provincia de Limón 2. Totalidad de Diputados electos: 45.

Hombres: 45
Mujeres: 0
Porcentaje de hombres: 100%
Porcentaje de mujeres: 0%

Período: 1953-1958

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 12 horas del 22 de setiembre de 1953 declaró electos diputados: Provincia de San José 16; Provincia de Alajuela 8; Provincia de Cartago 6; Provincia de Heredia 3; Provincia de Guanacaste 5; Provincia de Puntarenas 5; Provincia de Limón 2. Totalidad de Diputados electos: 45

Hombres: 42
Mujeres: 3
Porcentaje de hombres: 93.33%
Porcentaje de mujeres: 6.67%. Representada por María Teresa Obregón Zamora, Ana Rosa Chacón González y Estela Quesada Hernández.

Período: 1958-1962

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 16 horas y 30 minutos del 2 de abril de 1958 declaró electos diputados: Provincia de San José 16; Provincia de Alajuela 8; Provincia de Cartago 6; Provincia de Heredia 3; Provincia de Guanacaste 5; Provincia de Puntarenas 5; Provincia de Limón 2. Totalidad de Diputados electos: 45.

Hombres: 43
Mujeres: 2
Porcentaje de hombres: 95.75%
Porcentaje de mujeres: 4.25%. Representada por Marta Saborío Fonseca y Rosa Alpina Aiza Carrillo.

Período: 1962-1966

Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 12 horas del 8 de marzo de 1962 declaró electos diputados: Provincia de San José 20; Provincia de Alajuela 11; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 4; Provincia de Guanacaste 6; Provincia de Puntarenas 6; Provincia de Limón 3. Totalidad de diputados electos: 57.



Hombres: 56
Mujeres: 1
Porcentaje de hombres: 98.25%
Porcentaje de mujeres: 1.75%. Representada por Nora Murillo Saborío.

Período: 1966-1970

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 12 horas del 17 de marzo de 1966 declaró electos diputados: Provincia de San José 21; Provincia de Alajuela 10; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 3; Provincia de Guanacaste 6; Provincia de Puntarenas 7; Provincia de Limón 3. Totalidad de Diputados electos: 57

Hombres: 54
Mujeres: 3
Porcentaje de hombres: 94.74%
Porcentaje de mujeres: 5.26%. Representada por Matilde Marín Chinchilla, Cecilia González Salazar y Graciela Morales Flores.

Período 1970-1974

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 15 horas del 6 de mayo de 1970 declaró electos diputados: Provincia de San José 21; Provincia de Alajuela 10; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 3; Provincia de Guanacaste 6; Provincia de Puntarenas 7; Provincia de Limón 3. Totalidad de Diputados electos: 57

Hombres: 52
Mujeres: 5
Porcentaje de hombres: 91.23%
Porcentaje de mujeres: 8.77%. Representada por Teresa Zavaleta Durán, Yolanda Otárola Préndigas, Rosa Alpina Aiza Carrillo, Mireya Guevara Fallas y por resolución de las 10 horas y 30 minutos del 30 de octubre de 1972 Martina Ceciliano Ureña, llena la vacante producida por don Gonzalo Solórzano González.

Período: 1974-1978

El Tribunal Supremo de Elecciones en resolución de las 10 horas del 6 de marzo de 1974 declaró electos diputados: Provincia de San José 21; Provincia de Alajuela 10; Provincia de Cartago 7; Provincia de Heredia 3; Provincia de Puntarenas 7; Provincia de

Guanacaste 6; Provincia de Limón 3. Totalidad de Diputados electos: 57

Hombres: 53
Mujeres: 4
Porcentaje de hombres: 92.98%
Porcentaje de mujeres: 7.02%. Representada por Adelina Zonta Sánchez, Tirsa Bustamante Guerrero, Juana Rosa Venegas Salazar, y María Luisa Portuguese Calderón.

Lo que produce un resultado total de:

365 - Diputados. De los cuales 347 son hombres; que equivale a un porcentaje de 95.07%

365 - Diputados. De los cuales 18 son mujeres; que equivale a un porcentaje de 4.93%. En el período que abarca de 1949 a 1974.

PARTICIPACION REAL DE LA MUJER EN LAS MUNICIPALIDADES EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE 1953 Y 1974

Ponente: Licda. Marta Eugenia Salazar Fallas

Al suscribir la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos se comprometieron expresamente: "A reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres... a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad. En tal forma que es necesario definir una sociedad en que la mujer participe, en un sentido verdadero y pleno, en la vida económica, social y política del país, en pie de igualdad con el hombre.

La realización de la igualdad entre el hombre y la mujer implica que haya entre ambos igualdad de derechos, oportunidades y responsabilidades que les permita desarrollar sus talentos y aptitudes individuales para su satisfacción personal y en beneficio de la sociedad.

En Costa Rica, el artículo 33 de la Constitución Política establece el principio de igualdad ante la ley, y en el campo político, este principio se cumple al disponer el artículo 90 de nuestra Carta Magna: "La ciudadanía es el conjunto de derechos y deberes políticos que corresponde a los costarricenses de uno u otro sexo mayores de dieciocho años"; en el artículo 108 del mismo cuerpo legal, al no establecer diferencia entre hombres y mujeres, en cuanto a los requisitos que exige para ser electo diputado; y en el artículo 23 del Código Municipal, especialmente, que tampoco hace diferenciación alguna de sexo al establecer requisitos para ser Regidor.

Circunscribiendo el problema de igualdad a la realidad vivida en el campo municipal, podemos notar que, en el período comprendido entre 1953 y 1974, la situación de facto ha marchado totalmente divorciada de la situación de iure, ya que sólo en un bajísimo porcentaje, como puede verse en el cuadro anexo N° 1, se le ha dado a la mujer la oportunidad de ser electa en los gobiernos locales, no obstante que ella, por naturaleza propia, se identifica en mayor grado que el hombre, con los problemas de su comunidad, y por lo tanto, se encuentra en condiciones de resolverlos con la prioridad que a cada uno de ellos le corresponde.

A nivel internacional goza Costa Rica de gran prestigio por el desarrollo cultural e intelectual que ha alcanzado, prestigio que, a nuestro juicio, es merecido, y que, sin embargo, no se refleja en algunos casos, al nominar a las personas que habrán de ocupar puestos de elección popular. Consideramos que en la población femenina del país, existe un gran porcentaje de mujeres altamente capacitadas para desempeñar regidurías y sindicaturas, por lo que se recomienda:

% DE PARTICIPACION DE LA MUJER EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PERIODO COMPRENDIDO 1949-1974

	49-53	53-58	58-62	62-66	66-70	70-74	74-78	TOTAL
Hombre	45	42	45	56	54	52	53	347
% Hombres	100%	93.33%	95.75%	98.25%	94.74%	91.23%	92.98%	95.07%
Mujeres	0	3	2	1	3	5	7	18
% Mujeres	0%	6.67%	4.25%	1.75%	5.26%	8.77%	4	4.94%
Total de la elección de diputados	45	45	47	57	57	57	57	365

Hacer una atenta y enérgica excitativa a los diferentes partidos políticos mediante comunicación escrita a sus Directorios, a efecto de que cumplan los preceptos constitucionales y legales que establecen el principio de igualdad ante la ley, que conlleva el de igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, y que nominen, en cargos efectivamente electivos en las papeletas municipales del país, a igual número de mujeres que de hombres considerando, en ambos casos, la capacidad de los candidatos a efecto de que redunde en una efectiva labor comunitaria.

PERIODO 1953-1978

	PERIODO 1953-1978			PERIODO 1953-1978		
	Nº de Hombres	Nº de Mujeres	Total	% Hombres	% Mujeres	Total
Total General	7.264	223	7.487	97%	3%	100%
Síndicos Propietarios	1.758	57	1.815	96.85%	3.15%	100%
Regidores Suplentes	1.459	82	1.541	94.70%	5.30%	100%
Regidores Propietarios	2.025	35	2.060	98.30%	1.70%	100%
Síndicos Suplentes	2.022	49	2.071	97.65%	2.35%	100%

LEY	ARTICULO	CONTENIDO	LEY	ARTICULO	CONTENIDO
1000	1000	...	1000	1000	...
1001	1001	...	1001	1001	...
1002	1002	...	1002	1002	...
1003	1003	...	1003	1003	...
1004	1004	...	1004	1004	...
1005	1005	...	1005	1005	...
1006	1006	...	1006	1006	...
1007	1007	...	1007	1007	...
1008	1008	...	1008	1008	...
1009	1009	...	1009	1009	...
1010	1010	...	1010	1010	...

LEXICOLOGIA

LEXICOLOGIA

EL REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA

Dr. Gerardo Trejos

El matrimonio es un vínculo que une a dos personas para el cumplimiento de deberes de asistencia, respeto, ayuda mutua y vino que produce también su influencia en el orden jurídico.

El régimen patrimonial de la familia es la regulación jurídica de la economía familiar. Este régimen se refiere a la forma en que se administran los bienes de la familia, tanto durante el matrimonio como en caso de separación o divorcio. El artículo 1000 del Código Civil establece que el matrimonio produce un régimen patrimonial que puede ser de sociedad conyugal o de separación de bienes.

El régimen de sociedad conyugal se establece cuando el matrimonio se celebra sin pacto de separación de bienes. Este régimen implica que los bienes adquiridos durante el matrimonio pertenecen a la sociedad conyugal, a menos que se especifique lo contrario en un pacto matrimonial.

El artículo 1001 del Código Civil establece que el pacto de separación de bienes puede celebrarse antes o después del matrimonio. Este pacto debe ser escrito y firmado por ambas partes, así como por un notario público.

En conclusión, el régimen patrimonial de la familia es un aspecto fundamental del derecho de familia que determina cómo se administran los bienes de la familia. Es importante que las partes del matrimonio estén claras sobre el régimen que se aplicará y que esto se refleje en un documento legalmente válido.

1. Introducción.

El matrimonio no sólo produce una serie de efectos personales entre los cónyuges (deber de cohabitación, socorro, respeto, fidelidad, etc.) sino que extiende también su influencia a la esfera patrimonial.

El régimen patrimonial de la familia es la regulación jurídica de la situación que el matrimonio instaura en lo económico⁽¹⁾. Generalmente las legislaciones no imponen a los que se casan un régimen determinado, sino que ofrece a los contrayentes, para que ellos escojan libremente, varios tipos de sistemas, que los códigos preestablecen y regulan. Diversos ordenamientos brindan a los interesados la posibilidad de que ellos mismos establezcan y estructuren, mediante un contrato tradicionalmente llamado *capitulaciones matrimoniales*, cualquier otro sistema que juzguen más adecuado para regular sus relaciones patrimoniales. Únicamente en defecto de ese acuerdo, cuando los futuros esposos no celebran convenio alguno, entra a funcionar un régimen supletorio establecido por la ley.

Diversos regímenes son posibles en esta materia; el llamado *régimen separatista*, que garantiza la independencia de los esposos en cuanto a la administración, al goce y la libre disposición de los bienes, o bien un régimen comunitario que venga a crear por el contrario, la comunidad de bienes entre los esposos. Entre esos dos extremos caben también otros regímenes en los que, de diversos modos y en diversos grados, la economía conyugal se organice en formas intermedias⁽²⁾.

Nuestro Código de Familia, siguiendo en este particular el ejemplo del Código Civil, ha regulado estas cuestiones de modo sucinto aun cuando introduce innovaciones de no escasa importancia que serán de relieve en este capítulo.

(1) ALBALADEJO, M. *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*. (Librería Bosch, Barcelona, 1974. pg. 75).

(2) Ibid.

2. Las capitulaciones matrimoniales:

Los redactores de nuestro Código Civil, apartándose del modelo francés, "suprimieron del Libro relativo a los contratos singulares la parte dedicada a los contratos de matrimonio. Merced a esa grave laguna nuestro régimen patrimonial familiar ha sido regulado por pocas normas que consagran un sistema insuficiente . . ." (3). Al igual que el Código Civil, la legislación de familia no ofrece a los interesados, cosa que sí hacen la gran mayoría de las legislaciones extranjeras, *modelos* o tipos de regímenes patrimoniales preestablecidos, entre los cuales puedan elegir al que más les convengan mediante el contrato matrimonial o capitulaciones matrimoniales.

Esta omisión no es obstáculo para que, a tenor del artículo 37 del Código de Familia, los interesados puedan otorgar *capitulaciones matrimoniales*, expresión que designa, como ya hemos dicho, al contrato que regula el régimen económico del matrimonio.

Las capitulaciones pueden ser otorgadas por todo el que pueda casarse, es decir, pueden ser otorgadas también por un menor de edad mayor de quince años (V. art. 38), pero si tal menor ha sido emancipado por un matrimonio anterior, la escritura será otorgada por su representante (tutor o padre en ejercicio de la autoridad parental), previa autorización motivada del Tribunal, que interviene por mandato de la ley en resguardo de los intereses pecuniarios del menor.

La forma del convenio es importante. Para que éste sea válido debe constar en escritura e inscribirse en el Registro Público. La intervención del notario y la publicación son, por consiguiente requisitos "*ad substantiam*" (4).

Las capitulaciones pueden referirse tanto a los bienes *presentes* (o sea, a los bienes propios que cada cónyuge aporte al matrimonio) como a los *bienes futuros* (los que se adquieran después de que el matrimonio ha sido celebrado), y pueden regular no sólo lo relativo a la propiedad de tales bienes sino también a la administración y goce de los mismos.

Las capitulaciones hechas antes del matrimonio entran en vigencia al celebrarse el mismo, una vez que han sido debidamente

(3) ANTILLON-TREJOS, *El Derecho Costarricense (Sinopsis)*. (Imprenta Nacional, 1970). p. II.

(4) Luis Fernando Solano Carrera, en "*Bienes Gananciales*". Tesis de grado. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica, 1969, p. 13 opina que el Código Civil (art. 466, inciso 7) y el Código de Comercio (art. 235, inciso g), limitan parcialmente el requisito de inscribir en el Registro Público las capitulaciones, porque de conformidad con las citadas normas en el Registro Civil se inscribirían capitulaciones matrimoniales cuando en virtud de ellas se establezca comunidad de bienes. No somos de ese criterio. Consideramos que en el artículo 39 del Código de Familia —y lo mismo puede decirse respecto de la norma que contenía el art. 75 del Código Civil— ordenan irrestrictamente la inscripción de las capitulaciones matrimoniales, cualquiera que sea el contenido del contrato matrimonial.

inscritas en el Registro Público, y pierden toda eficacia si las bodas no se celebran, o mejor dicho, sus efectos se producen únicamente en el caso de que el matrimonio llegue a celebrarse.

También serán inválidas, por inobservancia de la forma legal, por defecto de capacidad de los otorgantes, y por las demás causas de invalidez comunes a todos los negocios jurídicos (error, dolo, violencia, etc.), o, como bien señala Albaladejo, "por no precisar suficientemente el régimen de bienes adoptados" (5).

Los interesados están facultados para, de mutuo acuerdo, modificar las capitulaciones, después de celebrado el matrimonio, tantas veces como quieran, siempre y cuando guarden al hacerlo los requisitos que se exigen para su otorgamiento (6). Pero el cambio no perjudicará a terceros sino después de que se haya publicado en "La Gaceta" un extracto de la escritura de modificación y ésta quede inscrita en el Registro Público.

Obsérvese que el Código ordena la publicación únicamente cuando se proceda a modificar las capitulaciones. una vez contraído el matrimonio, y no para la celebración de las mismas.

Juzgamos que nada se opone a que los cónyuges que hubieren celebrado capitulaciones matrimoniales liquiden más tarde el régimen que hubieren escogido y se acojan a otro enteramente diferente. (7)

Si los cónyuges tienen hijos menores de edad, la modificación de las capitulaciones no podrá llevarse a cabo sino con autorización del Tribunal (exigencia que no contenía el Código Civil), quien deberá resguardar los intereses del menor.

El Código de Familia permite a los cónyuges (no sólo a los futuros esposos) celebrar capitulaciones matrimoniales (V. art. 37). Es decir, la nueva ley, a diferencia del Código Civil, permite celebrar por vez primera capitulaciones después de contraído el matrimonio.

Al desaparecer de nuestro derecho la autoridad marital y considerar a la mujer como ser adulto y plenamente capaz, lógicamente tenía que ser derogada la prohibición anterior (8).

(5) ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 83.

(6) *Ibid.*, p. 82.

(7) V. una opinión contraria a la nuestra en Oscar Fonseca Montoya, "*El régimen patrimonial del matrimonio*". Tesis de Grado, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1975. p. El autor de esa Tesis considera implícitamente que nuestro Código de Familia niega tal posibilidad.

(8) Es interesante observar que en la Comisión Redactora se discutió largamente sobre la conveniencia de autorizar la celebración de capitulaciones matrimoniales entre cónyuges; cinco personas votaron en contra de la autorización y cuatro a favor. El Lic. Carlos José Gutiérrez, esbozó los siguientes argumentos: "En la mayoría de los casos, al momento de celebrarse el matrimonio no existen bienes. La mayoría de las personas se casan en una edad en la cual apenas comenzando a desarrollar sus actividades comerciales o profesionales. Y pensar que dos jóvenes que se casan careciendo totalmente de bienes, van a celebrar capitulaciones matrimoniales, me parece un ejercicio intelectual ocio-

En la ausencia de capitulaciones matrimoniales, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se regulan por el sistema supletorio que establecen los artículos 40 y 41 del Código de Familia, a cuyo estudio consagramos el máximo subtítulo de este capítulo.

En este punto, el Código de Familia no hace otra cosa que ser consecuente con el principio de igualdad de derechos y deberes de los cónyuges proclamado en el artículo 2 y con su propósito de considerar la mujer como un ser adulto que ha perdido las *capitis diminutio* de antaño, pues la prohibición de celebrar capitulaciones matrimoniales después de contraído el matrimonio tenía por fundamento la sumisión de la mujer a la autoridad marital, y el deseo de tutelar a la mujer pues, decía la doctrina... "pudiera ser que el marido la obligara a la renuncia de derechos o a aceptar cláusulas perjudiciales para ella..."⁽⁹⁾.

3. El régimen de participación diferida en los gananciales⁽¹⁰⁾.

El régimen patrimonial supletorio regulado en nuestro ordenamiento se conoce en nuestro país, común y erróneamente, con el nom-

so. En la mayoría de los casos, se trata de personas de pocos recursos económicos, ya aún en la clase media, la celebración del matrimonio se hace apenas con el dinero para cubrir los gastos esenciales del mismo. Y me parece que, en parte, a eso se debe que el régimen de capitulaciones patrimoniales no se utilice. Este régimen supone que existen bienes, que es necesario establecer la fórmula según la cual van a disponerse esos bienes. Es muy diferente a la situación cuando, transcurrido un cierto número de años de matrimonio, se comienza a tener un cierto éxito en los negocios, en la actividad comercial. Entonces sí surge la necesidad de determinar un régimen sobre los bienes. Por eso me parece que la exigencia de que las capitulaciones matrimoniales chocan con la realidad, pues, en la mayoría de los casos, no existe ningún patrimonio que repartir". (V. Acta N° 22, p. 5).

Un año más tarde, la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos aceptó autorizar la celebración de capitulaciones después del matrimonio. (V. TREJOS, G., *Observaciones y comentarios al Proyecto de Código de Familia*. Asamblea Legislativa. 1972. p. 57 y ss.).

(9) BRENES CORDOBA. Op. cit. p. 154.

(10) Este régimen tiene un pasado varias veces secular en el derecho húngaro (siglo XVI). Este régimen después de 1911 como régimen convencional en Austria. Suecia lo introdujo como régimen legal el 11 de junio de 1920. Esta última introducción provocó la aparición de un gran número de proyectos y aun de leyes positivas en diversos países. Este régimen ha recibido diferentes nombres, según los países; sociedad legal de gananciales (Francia); comunidad diferida (Bélgica); separación de bienes con compensación de gananciales o régimen de compensación de gananciales (Alemania). También el régimen es conocido bajo el nombre de comunidad póstuma. (V. Pierre Spiteri "*L'egalité des époux dans le régime matrimonial legal*". Librairie de Droit et de Jurisprudence. París. 1965. p. 172).

bre de "sociedad legal de gananciales"⁽¹¹⁾. Costa Rica fue el primer país del mundo en establecerlo, en el año 1888. En 1920 lo acogió el derecho sueco; en 1957 la República Federal Alemana, como régimen legal; y en 1965 Francia, como régimen optativo. Pero también lo regula el derecho positivo de Colombia, Perú y Honduras.

El laconismo (dos disposiciones solamente) con que nuestro ordenamiento trata esta materia ha sido la causa de una rica jurisprudencia que vino a desarrollar los alcances de las normas y a resolver muchos problemas imprevistos.

Nuestro sistema combina el régimen de separación con el régimen de comunidad. Régimen mixto, brinda a los esposos la posibilidad de poseer bienes separadamente, pero al mismo tiempo los asocia a los beneficios, a los gananciales, con el objeto de conciliar el gusto por la independencia y la atracción por la comunidad mediante un sistema de participación diferida al momento de la disolución del régimen.

Un elemento separatista garantiza la independencia recíproca de los esposos hasta la disolución del régimen, mientras que un elemento comunitario asegura a cada uno de ellos una participación en los beneficios del otro, cuando el régimen se disuelve. Separados de bienes durante la vigencia del matrimonio, cada uno de los esposos participa en las ganancias del otro, a la hora de la disolución⁽¹²⁾.

(11) El Lic. Antonio Picado consigna la justa apreciación de que es totalmente erróneo denominar a nuestro régimen "Sociedad Legal de Gananciales".

"Al disolverse el matrimonio por divorcio o muerte de uno de los cónyuges, no nace, como algunos creen, la sociedad conyugal respecto al patrimonio, caso en el cual podría hablarse de liquidación de la sociedad y de saldo líquido, sino que lo que procede es una división de los bienes que deben reputarse como comunes en virtud de haber sido adquiridos dentro del matrimonio a título oneroso.

Respecto de esos bienes, se considera que ambos cónyuges son copropietarios, o sea, que les pertenecen por iguales partes. En "*Deudas de los cónyuges al disolverse el matrimonio*". (En Revista del Colegio de Abogados, Tomo VI, N° 12, Año VII, N° 72. p. 366).

Sobre la opinión —también errónea— del Lic. Antonio Picado que nos hemos permitido subrayar, volveremos más adelante.

(12) Nuestro régimen fue severamente enjuiciado por don Alberto Brenes Córdoba en un virulento trabajo publicado en 1908 el cual reproducimos íntegramente por ser desconocido:

La situación creada por nuestro derecho positivo en cuanto a los bienes de los cónyuges, es por todo extremo irregular. Según el Código Civil, cada cónyuge es dueño del caudal que aporta al matrimonio y del que adquiera durante él; pero al disolverse la unión, los bienes en poder de los esposos se presumen comunes y se distribuyen por igual, excepto los que se pruebe que fueron adquiridos antes del matrimonio, o durante el mismo "por título lucrativo".

Resulta de aquí que mientras existe la unión conyugal no se presenta dificultad alguna respecto al dominio que cada consorte tiene sobre sus bienes; mas

El régimen de participación diferida en los gananciales, es, por consiguiente un régimen híbrido y alternativo; intermediario entre los regímenes comunitarios y los regímenes separatistas, nuestro régimen patrimonial supletorio (que regula las relaciones patrimoniales de la gran mayoría de los hogares costarricenses) funciona como separatista pero se liquida como comunitario.

Esta particularidad tan característica dicta el método que ha de seguirse en su análisis. En efecto, a la hora de estudiar el régimen de participación diferida en los gananciales es preciso distinguir dos situaciones: la correspondiente al período en que se halla en vigor el matrimonio y la que sobreviene al disolverse éste.

desde el momento en que sobreviene la disolución del vínculo, el caso es diferente: la ley presume copropiedad de bienes, menos en lo que atañe a los adquiridos por donación o herencia; de suerte que cuando fallece uno de los consortes, el sobreviviente queda desde luego impedido para disponer y aun para administrar a título de dueño, los bienes que en realidad le pertenecen. De este modo, al propietario de bienes raíces, al comerciante, al hombre de negocios, apenas muere su mujer sobreviéndole una cuasi interdicción legal: ya no le es posible, al primero, vender, hipotecar ni dar en arrendamiento las fincas que tiene inscritas en su nombre; ni al segundo disponer de las mercaderías y demás efectos que maneja y se hallan en su poder; ni al último, conceder prórogas, cancelar créditos activos, traspasar instrumentos de crédito, ni efectuar ninguna otra operación por el estilo.

Tal estado de cosas presenta serias dificultades. Si a la mujer se le ha ocurrido nombrar para albacea a persona distinta de su marido, éste puede ser arrojado de su propio hogar y privado hasta de los medios para hacer frente a sus compromisos y para continuar sus negocios. A hombres se ha visto, en tan apurado trance, antedatar el traspaso de documentos otorgados a su favor para impedir que caigan en poder de albacea y con el fin de procurarse así algunos recursos; es decir, que para conservar valores que le pertenecen tiene que recurrir a ilícitos manejos; y todo por los rigores de una ley inconsulta!

Porque no hay razón para que la ley establezca, ni por un momento, copropiedad de bienes en virtud del matrimonio, tanto por ser el objeto de este la procreación y el mutuo auxilio, no la adquisición de capital, como por existir notable desigualdad entre el esfuerzo producto del marido y el de la mujer. De importancia suma es la función social que la mujer desempeña. Su abnegación, su temura, los mil cuidados y sacrificios que la crianza de sus hijos le impone su influencia bienhechora en el desenvolvimiento de dulces afectos y generosos impulsos en el hombre, son de inestimable valor y merecen nuestro más vivo reconocimiento. Mas su colaboración en el orden económico —considerado el asunto en su aspecto general— es insignificante y, con frecuencia, negativa. Las funciones de la mujer siendo, como son, de carácter doméstico, carecen de la necesaria aptitud para la producción de capital; y de ahí que cuando, en el curso del matrimonio se adquieren bienes, es casi seguro que ello se debe al trabajo del marido exclusivamente. Entonces, si esto es así, si el fenómeno general sociológico que es el que sirve de fundamento para establecer las presunciones legales, es contrario a la igualdad en el punto que se analiza no es sobradamente injusto que se conceda por igual

- a) *Mientras subsiste la unión*, como bien lo expresa don Alberto Brenes Córdoba, “los caudales de los cónyuges, tanto los aportados como los que adquirieron con posteridad “por cualquier título” permanecen en cabeza de sus respectivos dueños, quienes ejercen sobre ellos todos los atributos del dominio, del mismo modo que si no existiera ningún lazo matrimonial entre los propietarios”⁽¹³⁾.

a los cónyuges la propiedad de los bienes que se hallan en su poder? Si se tratara de aquellos cuya procedencia es dudosa, como podría ocurrir respecto a los objetos que constituyen el menaje de la casa, a las alhajas, y aun al dinero, la presunción de copropiedad estaría en su lugar; pero de ninguna manera con referencia a los de otra naturaleza, y en particular a los inmuebles, —allegados por uno de los esposos a título oneroso. Proceder como lo hace nuestra ley, es apartarse de la realidad de las cosas y crear una situación impropia, con perjuicio de indudables derechos y en mengua del respeto a la propiedad legítimamente adquirida.

Donde más resalta la anomalía apuntada, es respecto a cónyuges que por largo tiempo han estado separados de hecho. En la adquisición de bienes verificada por uno de ellos, es evidente que el otro no ha tenido la menor participación ni directa, ni indirectamente; y no obstante, hay respecto a tales bienes, comunidad legal.

Es verdad que el defecto de la ley puede corregirse por medio de capitulaciones matrimoniales en que se estipule absoluta separación de patrimonios aun al disolverse el vínculo, pero no es menos cierto que la celebración de ese compromiso no ha entrado en nuestras costumbres, de modo que el estado común de derecho entre los cónyuges en lo tocante a los bienes que poseen al sobrevenir la cesación del matrimonio, es la comunidad en referencia. Los redactores del Código Civil de Nicaragua al tratar de esta materia, adoptaron las disposiciones del nuestro consignadas en los artículos 76 y 77, pero en lo relativo a este último, lo modificaron así:

“Art. 156. Los bienes existentes en poder de los cónyuges, al disolverse el matrimonio, si no se prueba que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por uno de ellos, se considerarán comunes y se distribuirán entre ambos cónyuges”.

Así, pues, con haber suprimido la frase: “Por título lucrativo” se evitó la anomalía del texto original; de donde resulta que en aquel país no es posible que, roto el vínculo a un cónyuge se la prive en favor del otro o en favor del o de los sucesores de éste, de la mitad de los bienes que le pertenecen. De desearse sería que de nuestra parte, adoptásemos tan oportuna norma; porque el asunto no es de poca monta; aunque los malos efectos de la aludida disposición no son de trascendencia social, no por eso hay que desenvolverse a la sombra protectora de la ley. (En Revista El Foro. T. IV. N° 5, de 15 de setiembre de 1908. p. 155 y S.).

(13) Ibid.

Por consiguiente, cada dueño *administra, goza y dispone* de sus bienes⁽¹⁴⁾, sin necesidad de requerir el "asentimiento", pues, como bien lo expresa la ley, si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge *queda dueño y dispone libremente* de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título (oneroso o gratuito o por causa aleatoria) y de los frutos de unos y otros⁽¹⁵⁾.

Pero en contrapartida cada esposo responde separada e individualmente de las deudas contraídas antes o después de la celebración de las bodas. Esta última idea la ha expresado claramente nuestra Sala de Casación en numerosas ocasiones al señalar que "Según nuestra legislación, la formación del lazo matrimonial, en cuanto al régimen económico, no crea una entidad distinta de la persona de los cónyuges sobre la cual pese la obligación de pagar las deudas por ellos contraídas; *nuestro sistema de completa independencia de patrimonios, de libre disposición de los bienes y de sus frutos mientras no se disuelva el vínculo* (la cursiva es nuestra) es adverso al criterio de la comunidad de las deudas contraídas por uno de los esposos sin la anuencia del otro, respecto de las cuales deben ser considerados como terceros, siendo constante la jurisprudencia en el sentido de que los créditos pasivos de los consortes que no han sido constituidos de modo conjunto, corren a cargo del que haya recibido el dinero o servicio que les haya dado origen y fir-

(14) La Sala de Casación ha dicho que "las compraventas que realice una persona de bienes adquiridos a título oneroso siendo casado, antes de que se dictare su divorcio, tienen fundamento en los principios de propiedad absoluta y libre disposición de los bienes, a falta de capitulaciones matrimoniales". Muñoz Chávez vs. Rojas Díaz y otros. Cas. 16:30 hrs. del 28 de marzo de 1950. I Sem. I Tomo, p. 167.

(15) Más obsérvese que, como acertadamente señala el Profesor Pablo Casafont, para comprender los alcances de esta disposición y para su correcta inteligencia, "debe entenderse forzosamente referida a los actos de disposición legítimos, normales, implicativos si son a título oneroso de cambios patrimoniales sin norma del haber matrimonial, y no, ni nunca a disposiciones o enajenaciones de bienes simulados, ficticias o aparentes, a los simulacros de contratos, llevados a cabo con torcida intención, las más de las veces, que ni siquiera autoriza a llamarlos "actos de disposición" dada su inexistencia o nulidad absoluta, ya los cuales la ley no brinda su protección o tutela, antes bien, los condena con su total ineficacia. "La ineficacia del contrato simulado y su acción para impugnarlo". Revista de Ciencias Jurídicas (Fac. de Derecho. Universidad de Costa Rica, N° 1. p. 53). Así por ejemplo, lo decisivo en un caso es la originaria adquisición de la finca, comprada con el esfuerzo común de los cónyuges, por lo que la pretensa maniobra de sustraer dicho inmueble del régimen de los gananciales, mediante los sucesivos traspasos que se operan entre la demandada y el cómplice de su adulterio, no tiene la virtud de eliminar la existencia de las vicisitudes que sufrió, no ha dejado de ser un bien ganancial. V. Sala Primera Civil, Res. N° 19, de 9 hrs. del 9 de enero de 1973. H. R. G. vs. J. V. A.

mado el respectivo título". (V. Monestel Zamora vs. Chávez Herrera. Cas. 9:35 hrs. del 21 de marzo de 1941, I Sem., Tomo Unico, p. 616).⁽¹⁶⁾

Naturalmente que en caso de obligaciones conjuntas o solidarias contraídas por ambos cónyuges en caso de disolución del vínculo matrimonial por muerte, los bienes gananciales del cónyuge supérstite sí responden por las deudas contraídas por ambos esposos.

La libertad para el goce, administración y libre disposición de los bienes que brinda nuestra ley está referida tanto a los bienes gananciales (que son, salvadas las excepciones mencionadas en el artículo 41, todos los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse y al ser declarado nulo el matrimonio o al declararse la separación judicial, o al otorgar los esposos capitulaciones que vengan a instaurar otro régimen patrimonial), como a los bienes propios de cada esposo.

Son bienes propios de cada cónyuge y, por consiguiente, no son gananciales según nuestra ley:

- a) Los bienes que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título gratuito (o sea virtud de herencia, legado o donación)⁽¹⁷⁾, o por causa aleatoria (lo que

(16) Otra sentencia posterior reitera la misma doctrina al señalar que "El régimen económico de absoluta independencia de patrimonio durante el matrimonio, establecido por la ley, ha propendido a establecer que las deudas de un cónyuge son sólo de él. (V. Herrera Umaña vs. Herrera González y otras. Cas. 14:45 hrs. del 14 de abril de 1944. I Sem., Tomo I, p. 413).

Esta doctrina ha sido sustentada por nuestros tribunales desde 1919. En efecto, en sentencia de Casación de las 2:25 p. m. del 9 de octubre de 1919, ese tribunal dijo: "Que conforme a nuestro derecho positivo, el matrimonio no produce comunidad de bienes; sino que cada cónyuge queda dueño y dispone los que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiriera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros.

Que al existir tal separación de patrimonio, es evidente que las deudas que cualquiera de los esposos contraiga deben ser satisfechas por el deudor o con bienes que de manera exclusiva le pertenezcan, sea cual fuere el empleo que hubiere dado al dinero o especies de que la deuda provenga". V. La abundante jurisprudencia que sobre este particular menciona Antonio Picado Guerrero en el artículo citado en la nota número 11.

(17) Según Cas. de 8:55 hrs. del 8 de agosto de 1938 la declaración del esposo fallecido de que los bienes comprados por su mujer son de ella únicamente, por haberlos adquirido con haberes propios, equivale a una donación o renuncia de gananciales no prohibida por la ley que en tal concepto debe reputarse que tales bienes han sido adquiridos por título lucrativo. (Rodríguez Vázquez vs. Registro Público. II Sem. Tomo Unico, p. 1443).

Por otra parte, es del caso hacer notar que el contrato que celebraron los cónyuges mediante el cual el marido donó unos bienes a su esposa, no puede considerarse como una distribución de los bienes adquiridos por el esposo durante el matrimonio; de lo que se trata es de una donación, pues a falta

cualquier cónyuge gane en la lotería o en el juego, por ejemplo) ⁽¹⁸⁾.

- b) Los bienes comprados con valores propios de cada uno de los cónyuges destinados para ello en las capitulaciones matrimoniales⁽¹⁹⁾.
- c) Cuando la causa o título de adquisición precedió al matrimonio (una herencia, por ejemplo).
- d) Si se tratare de bienes *muebles* o *inmuebles* que fueron debidamente subrogados a otros propios de alguno de los cónyuges.
- e) Los adquiridos durante la separación de hecho de los cónyuges.

Ha de subrayarse que el Código de Familia moderniza las disposiciones del derecho costarricense que indicaban cuales bienes de un matrimonio regido por el régimen de participación diferida de gananciales se exceptuaban de la condición de comunes y quedaban bajo el dominio libérrimo de cada cónyuge. En efecto, el párrafo segundo del artículo 77 del Código Civil prescribía que los inmuebles (y sólo los inmuebles) que fueron subrogados a otros inmuebles propios de uno de los cónyuges, no tendrían la condición de comunes.

Esta disposición del Código Civil, adecuada para el Siglo XIX en el que la riqueza se componía fundamentalmente de bienes raíces, era anacrónica para el Siglo XX, pues hoy día muchas fortunas están constituidas de bienes muebles. Atendiendo a ese hecho, el artículo 41 del Código de Familia deja bajo el dominio de cada esposo y los excluye por consiguiente de la condición de comunes, a los bienes *muebles* o *inmuebles* que fueren debidamente subrogados a otros bienes propios de alguno de los cónyuges⁽²⁰⁾.

de un convenio de separación judicial que comprenda lo relativo a bienes comunes, solo se podrían producir los efectos de repartición de gananciales si se hubiere consignado expresamente en el contrato que de ese modo quedaban satisfechos los gananciales que correspondían a la esposa, porque de lo contrario habría que concluir que toda liberalidad entre los cónyuges se reputa a título de gananciales, con lo cual se eliminaría la esencia misma de la liberalidad. (V. Sala Segunda Civil. Res. N° 305, 16:30 hrs. del 9 de octubre de 1973. Ordinario de N. V. M. vs. C. A. Z.).

- (18) Con mejor criterio el Código Civil de España (art. 1406) considera que lo que cualquier cónyuge gana en el juego es ganancial.
- (19) Se supone que en este caso las capitulaciones han derogado el régimen patrimonial legal.
- (20) V. Gerardo Trejos: *Observaciones al Proyecto de Código de Familia*. Asamblea Legislativa. 1972, pg. 62.

Fuera de los bienes enumerados, todos los demás bienes en *poder de los cónyuges*⁽²¹⁾, son gananciales, es decir, proceden de las ganancias que cada esposo obtiene de su trabajo o de los rendimientos (rentas, frutos, dividendos, etc.) que proporcione el patrimonio personal y ganancial de los esposos.

Por otra parte debemos señalar que vigente el Código Civil, se planteó el problema de si los bienes adquiridos por los cónyuges durante la *separación de hecho* eran o no bienes gananciales. Una sentencia de la Sala de Casación de las 9:45 hrs. de 14 de marzo de 1940, les dio ese carácter: "El bien adquirido por el marido durante el matrimonio —consideró en esta oportunidad nuestro más alto Tribunal— tiene el carácter de ganancial distribuible por iguales partes entre ambos cónyuges declarados culpables en la sentencia de divorcio, por que si bien el esposo lo compró con su propio dinero estando separado de hecho, *la esposa en cambio le dio ocasión para poder hacerlo, cuidando y teniendo en su poder los hijos mientras duró la separación de hecho, con la economía que eso representó para el marido alejado de su hogar.* (la cursiva es nuestra) ⁽²²⁾.

Empero numerosas sentencias de nuestra Sala de Casación, anteriores y posteriores al fallo antes citado, habían negado categóricamente el carácter de gananciales a los bienes adquiridos por los consortes durante la separación de hecho. Esta última doctrina de Elena Moya contra Ignacio Arias Roldán (Cas. de 1:50 p. m. de 23 de noviembre de 1905. V. Tomo Unico, II Sem. p. 337). En esta oportunidad la Sala de Casación expresó que "Las leyes que instituyen y reglan los bienes gananciales han de entenderse aplicables cuando el matrimonio ha existido normalmente, es decir, cuando ha habido comunidad de bienes y los cónyuges han cumplido el fin esencial de prestarse mutuo auxilio; pero no cuando uno de ellos se desentiende de los deberes matrimoniales. Está justificado el hecho de que la demandante, lejos de poner en la vida conyugal la cooperación que a la esposa toca de cariñosa asistente para su marido y de cuidado por la honra, buen orden y economía del hogar, lo abandonó de un modo absoluto poco tiempo después de celebrado el matrimonio. La ley no puede acordar

- (21) Para la distribución de los bienes entre los cónyuges al disolverse el matrimonio, expresa la Sala de Casación; es condición necesaria que ellos estén en poder de los esposos, lo cual excluye la idea de que entren en repartición los ya enajenados, con perjuicio de quien los adquirió legítimamente. Mientras Alfaro vs. Sucesión Rodríguez Barrantes. Cas. 15 hrs. del 1 de diciembre de 1948. II Sem. Tomo Unico. p. 826.
- (22) V. Robles Angulo vs. Sosa Gómez, 1940. I Sem., Tomo I, p. 171.

ventajas en una sociedad al socio que, en vez de contribuir al buen régimen y prosperidad de ella, falta a todas las obligaciones que su contrato le impone". Esta tesis fue reiterada en numerosas ocasiones por nuestros Tribunales⁽²³⁾.

El Código de Familia vino a poner término a toda discusión sobre la naturaleza de los bienes adquiridos por los esposos durante la separación de hecho. En efecto, por moción del entonces Diputado Licenciado Jorge Solano Chacón, la Asamblea Legislativa, en la decisión final del proyecto, agregó al artículo 41 del Código de Familia el antes citado inciso e) por medio del cual se excluyen del haber común aquellos bienes adquiridos durante la separación de hecho de los esposos. El Diputado, en apoyo a su propuesta, expresó lo siguiente:

"Ya este principio doctrinario lo han acogido los Tribunales de Justicia mediante una jurisprudencia que se respeta, en el sentido de que los bienes que se hagan, no entran en la división, esto por una razón lógica: se presume que no ha habido colaboración para hacerlo"⁽²⁴⁾.

Como ha podido verse, vigente el matrimonio en régimen de participación diferida en los gananciales funciona integralmente como un *sistema de completa separación de bienes*, en el que "cada contrayente permanece con exclusivo dominio sobre lo que aporta al unirse en matrimonio y sobre lo demás que en lo sucesivo adquiriera"⁽²⁵⁾.

Posee las ventajas, nuestro régimen legal del sistema de completa separación de bienes, régimen económico conyugal que nuestro más eminente civilista consideraba como el más apropiado, "...Por cuanto deja en completa libertad a los esposos para la adquisición y disposición de bienes, no obstante encontrarse unidos por el estrecho lazo del matrimonio, y porque mantiene la autonomía de la mujer"⁽²⁶⁾.

23) V. entre otras, las siguientes resoluciones: Sent. Cas. 101, II Sem. I Tomo 1959, p. 664; Segura Ramírez y otro vs. Registro Público; Rodríguez Villalobos vs. Pérez Chacón, Cas. 95. II Tomo 1966, p. 513; Solano Carvajal Cordero y otro. Cas. 133, II Sem., II Tomo, 1965, p. 1187; Castro Chinchilla vs. Navarro Padilla Cas. 110, II Sem. 1965. p. 578. Sala Primera Civil. Sentencia 244 de agosto de 1972.

24) V. p. 24 del Acta de la sesión plenaria celebrada por la Asamblea Legislativa el 10 de octubre de 1973. Luis Fernando Solano Carrera op. cit. p. 51, juzga que no parece del todo justo aplicar esta solución al esposo que no ha dado lugar a la separación de hecho.

25) BRENES CORDOBA, op. cit., p. 153.

26) Ibidem.

Pero la explicación de la condición jurídica de los bienes de los cónyuges durante la vigencia del matrimonio no se agota en la afirmación de que en esa etapa rige un sistema de completa separación de bienes. En efecto, no obstante esa separación, una vez celebrado el matrimonio nace en cada esposo un *interés de participar en los gananciales del otro*. Ciertamente, ese interés no da origen, vigente el matrimonio, a derechos actuales, inmediatamente exigibles, sino a un *derecho eventual* o *interés legítimo* que debe ser protegido y conservado por el ordenamiento⁽²⁷⁾. Así por ejemplo a la demanda de uno de los esposos, los Tribunales, con fundamento en los artículos 835 inciso 1) 837 y 1001 del Código Civil, deberían declarar la nulidad absoluta de una venta simulada de bienes que amenace con vulnerar el *derecho eventual*, el interés legítimo, que cada cónyuge tiene en particular en los gananciales de su consorte⁽²⁸⁾.

Con el objeto de resguardar debidamente ese *derecho eventual* a la hora de presentar una demanda de divorcio o separación judicial, los litigantes deben tener el cuidado de solicitar al Tribunal la liquidación del patrimonio conyugal y de pedir la anotación de la demanda en el Registro Público, al margen de las fincas que formaban ese patrimonio, no hay obstáculo legal para que el cónyuge que tenía el dominio disponga de ellas (V. art. 469, inciso 1) del Código Civil y Cas. 16:30 hrs. del 28 de marzo de 1950, I Sem., I Tomo, p. 167. Núñez Chavez vs. Rojas Díaz y otras). Recuérdese que, por el contrario, el auto que ordena el mandamiento de anotación de la demanda de divorcio o de separación judicial al margen de la propiedad de la finca adquirida por los cónyuges durante el matrimonio, tiene por objeto la inmovilización de ese bien, hasta tanto no se resuelva en sentencia de divorcio o de separación judicial lo atinente a la propiedad de dicho bien (V. Sala Segunda Civil, resolución número 220 de las 15:30 hrs. del 19 de junio de 1974, en ordinario de divorcio de I. M. V. contra M. B. M.) en lo que a bienes no registrables se refiere en que no es posible la anotación de la demanda de divorcio o separación judicial, nada se opone —como bien

(27) V. CORNU, G. "Les régimens matrimoniaux" (Coll. Thémis, P. U. F. París, 1974). En la doctrina costarricense el profesor Casafont ha puesto de relieve que "aunque sin hablar de momento de derechos concretos no específicos de un cónyuge respecto a los bienes inmuebles inscritos en nombre del otro, vigente el matrimonio, dada la particularidad de nuestro régimen legal es obvio que, en relación a los aludidos bienes conceptuados "comunes" por virtud del esfuerzo de los esposos, se configura una situación jurídica referida a ese aspecto patrimonial en la que destaca el *interés* recíproco de los esposos como sujetos de esas relaciones económico-jurídicas. Op. cit. p. 50.

(28) Ver nota número 15.

lo ha dicho la Sala Primera Civil— a que, a solicitud de parte, el Tribunal proceda a un simple inventario para los efectos ulteriores en caso de posterior traspaso y a pedir informes a los Bancos acerca de los depósitos existentes en caso de no proceder traspaso, pero no anotación de la demanda (V. Sala Primera Civil, Res. N° 88, de 9 hrs. del 17 de abril de 1973, en ordinario de separación judicial de M. del C. A. G. contra G. L. H.).

El Tribunal puede, —en nuestro concepto— no sólo pedir informes a los Bancos acerca de los depósitos existentes, sino también, una vez entablada la demanda de divorcio o separación judicial, ordenar el embargo de los depósitos bancarios a efecto de salvaguardar la expectativa o el derecho eventual del demandante de participar en los gananciales de su consorte. Por ello resulta carente de fundamento la doctrina sostenida por la Sala Segunda Civil en Res. N° 16 de las 14:30 hrs. del 18 de enero de 1973 en ordinario de B. R. S. S. contra R. A. M. K., según la cual salvo el caso de capitulación matrimonial la comunidad de bienes o sociedad conyugal no se establece sino al disolverse el vínculo matrimonial, sea cuando se produce el fallo y no antes, por lo que es posible acceder a la pretensión de que el monto en dinero depositado en cuenta bancaria perteneciente al cónyuge demandado el inicio de los procedimientos, se tenga como bien ganancial en una mitad.

b) *Disuelto el matrimonio* por muerte, por divorcio, por nulidad y aún en caso de simple separación judicial, cada esposo adquiere el derecho de participar en los gananciales en del otro.

Obsérvese que el artículo 41 del Código de Familia expresa solamente que los bienes existentes⁽²⁹⁾ en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio⁽³⁰⁾ se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos.

(29) La expresión *bienes existentes* debe entenderse en un sentido amplio. Así, por ejemplo, es ganancial el precio de un bien no pagado en vida de los cónyuges. Durante la vigencia del matrimonio los esposos pueden disponer libremente de sus bienes, como lo hizo —en un caso dado— la esposa del causante al venderle al demandado la finca en cuestión y también tenía la esposa facultades para recibir el precio de la misma, y por esta razón nada hubiera ocurrido si el comprador, en vida del esposo le hubiera pagado a la esposa de éste lo que le quedó debiendo por la venta de la finca, pero al morir aquél la situación de los bienes del cónyuge superviviente, adquiridos durante el matrimonio varió totalmente y entre esos bienes se encuentra incluida sin duda alguna la deuda de marras, porque ya no pertenecía exclusivamente a la esposa sino a la sociedad conyugal. (V. Sala 2ª Civil, Res. 209, 15:20 hrs., del 31 de julio de 1973. Ordinario de la Suc. de R. C. D. vs. C. B. S.).

(30) La ley expresa únicamente que son comunes los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio. Debemos preguntarnos qué fundamento tiene entonces la afirmación de que la separación judicial, que no disuelve el

Nace entonces el derecho a participar en los gananciales del otro cónyuge. En efecto, al disolverse o debilitarse el vínculo mediante la separación judicial, o al otorgarse capitulaciones que vengán a instaurar otro régimen patrimonial, no nace propiamente hablando, una “sociedad” o comunidad de bienes entre los cónyuges, sino que se concretiza la expectativa de derecho que cada esposo tenía sobre los bienes gananciales del otro. En ese momento el derecho eventual de participación se convierte, *ope lege*, en un derecho actual, por una transformación comparable a aquella que hace de un presunto heredero un heredero. El interés de participación se convierte en un derecho de participación. La participación diferida en los gananciales no quiere decir necesariamente que cada uno de los cónyuges tenga derecho a la mitad de todos y cada uno de los bienes gananciales. No puede afirmarse como se ha sostenido que⁽³¹⁾ cada uno de los esposos deviene copropietario de los bienes gananciales. La comunidad de bienes que establece nuestra legislación debe entenderse —según acertadísima expresión de la Sala Segunda Civil— “relacionada con el porcentaje que se otorga a cada cónyuge, o sea, que al disolverse el matrimonio cada uno tendrá derecho a la mitad del patrimonio común, pero no necesariamente a la mitad de todos y cada uno de los bienes” (la cursiva es nuestra)⁽³²⁾. Entender que al disolverse el lazo matrimonial los esposos se convierten en copropietarios de todos y cada uno de los bienes complicaría enormemente los juicios sucesorios e imposibilitaría en muchos casos el legado de bienes. “Admitir la tesis de que al disolverse el vínculo matrimonial —dice la Sala Segunda Civil en la resolución antes citada— cada cónyuge tendrá derecho en los bienes comunes a la mitad de todos y cada uno de ellos, equivale a sobrepasar los límites que la ley le marca al principio de libre testamentación, pues el testador se vería impedido de dejar legados y tomar otras disposiciones con sus bienes propios, además de que entraría casi hasta el absurdo la distribución de los bienes en juicio sucesorio”⁽³³⁾.

vínculo matrimonial, da origen también a la sociedad legal de gananciales? Esa aseveración se apoya en el artículo 62 del Código de Familia que no obstante que declara que la separación judicial no disuelve el vínculo, expresa claramente que después de la separación, sólo subsiste el deber de fidelidad y de mutuo auxilio y el derecho de la mujer de llevar el apellido de su esposo, y en el artículo 60, que se refiere, ciertamente, sólo a la separación por mutuo consentimiento, pero que indica que en caso de separación deben ser restituidos los problemas atinentes a la propiedad sobre los bienes de ambos esposos.

(31) Criterio cuestionable.

(32) V. Res. N° 179, 14:50 hrs. del 10 de julio de 1973. Ordinario de J. V. M. contra A. A. R. y Suc. de L. C. L.

(33) Con más propiedad que nuestro Código de Familia el Código Civil de Francia (Artículo 1.569), prescribe que a la disolución del régimen cada uno de los esposos tiene derecho a participar, por mitad, en el valor de los gananciales netos constatados en el patrimonio del otro.

Obsérvese (asunto de particular importancia) que el Código de Familia contiene implícitamente una nueva causa que da lugar a la disolución del régimen sin que previamente haya sido disuelto el vínculo matrimonial (por muerte, nulidad o divorcio), y sin que ni siquiera haya sido decretada por el Tribunal la separación judicial de los cónyuges.

En efecto, *la liquidación anticipada de los gananciales* podrá tener lugar cuando los esposos que hubieren contraído matrimonio sin otorgar capitulaciones matrimoniales, de conformidad con las disposiciones del artículo 37 (el cual, según vimos, autoriza la celebración de capitulaciones durante la existencia del matrimonio) decidan hacer uso de tal facultad y celebren un convenio para regular la propiedad, administración y goce de sus bienes presentes y futuros.

Los bienes que a la hora de la liquidación se consideran comunes y deban por lo tanto repartirse entre los esposos por partes iguales son los bienes gananciales, es decir: "todos los bienes ganados durante la unión, aunque los capitales aportados fueren desiguales, o aunque el uno llevare capital y el otro no. Consideranse gananciales los bienes que uno de los esposos adquiera con su trabajo, industria, oficio o profesión; las rentas o frutos percibidos y pendientes, de los bienes que cada uno aportó al matrimonio. . ." ⁽³⁴⁾, y los bienes que cada uno de los esposos adquiera con otros bienes gananciales o con las rentas o frutos de sus bienes propios (por ejemplo, una casa de habitación comprada con los frutos de una cosecha de café proveniente de un bien propio). Los gananciales de un esposo, son, en suma, el crecimiento de su patrimonio final en relación con el patrimonio originario, es decir, las ganancias que él ha realizado durante el matrimonio.

La ley presume (se trata, en la ocurrencia, de una presunción *iuris tantum* que admite, por consiguiente, la prueba en contrario), que los bienes existentes en poder de los cónyuges *al disolverse el matrimonio o al intentarse la liquidación anticipada de los gananciales, son comunes* ⁽³⁵⁾ o mejor dicho; por mandato de la ley (al disolverse o debilitarse el vínculo o al otorgarse capitulaciones dentro del matrimonio) cada cónyuge ad-

⁽³⁴⁾ BRENES CORDOBA, op. cit., p. 152.

⁽³⁵⁾ Por consiguiente, si existe la presunción *iuris tantum* de ser comunes los bienes adquiridos a título oneroso durante el curso normal del matrimonio que se encuentren en poder de los cónyuges al disolverse el vínculo, la prueba de que tales bienes son gananciales no tiene que hacerla el cónyuge que los reclama sino el otro cónyuge que se los niegue o bien sus herederos si éste ha fallecido. (V. Tribunal Superior Civil. Res. 96, 15:45 hrs. del 9 de marzo de 1973. Suc. de C. P. M.).

quiere el derecho de propiedad sobre la mitad de los bienes gananciales del otro. Esta norma legal, según fundada opinión de nuestra Sala de Casación "tiene su razón en el esfuerzo y mutuo auxilio que ponen los cónyuges en el matrimonio para formar un patrimonio familiar, y si no se prueba —según veremos—, al romperse el vínculo conyugal, que esos bienes fueron introducidos por uno de los cónyuges, o que en el curso del matrimonio fueron adquiridos a título lucrativo por alguno de ellos, se han de reputar comunes. (V. Castro Chinchilla vs. Navarro Padilla. Cas. 110, 1265, II Sem. I Tomo p. 578).

Son bienes comunes, pues, todos los que se encuentren en poder de los esposos, salvo las excepciones que a esta regla general establece el artículo en sus cinco incisos, fuera de tales excepciones no cabe admitir ninguna otra, según veremos de inmediato.

A falta de capitulaciones matrimoniales, se plantea el problema de la venta entre cónyuges. La jurisprudencia, sobre la base de los artículos 76 y 77 del Código Civil, resolvió el punto estableciendo que "cuando el marido trasmite a su esposa el dominio de un bien, ella lo adquiere de modo tan exclusivo cual si lo hubiere aportado al matrimonio". La redacción de los citados artículos del Código Civil, permitía una interpretación tan flexible. La Comisión Redactora del Código de Familia, por su parte, se planteó el problema y discutió si convenía o no mantener la jurisprudencia. Finalmente, la Comisión se inclinó por manifestarse en contra de aquélla. El artículo 41 del Código de Familia, dice:

"Artículo 41. Los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio o al declararse la separación judicial, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos. Se exceptúan de esta disposición únicamente: a, b, c, d y e" ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ No debe confundirse nuestro régimen patrimonial familiar con el que establecen entre otros, los Códigos Civiles de España (cfr. art. 1.392 y ss) y Guatemala (cfr. art. 126 y ss), también llamados sociedad legal de ganancias o régimen de comunidad de gananciales, en los que igualmente, junto a los bienes privativos de cada cónyuge, se forma otra masa común a ambos, los gananciales, la comunidad, la propiedad colectiva en mano común de los esposos. tiene lugar *durante el matrimonio*.

⁽³⁷⁾ El artículo 77 del Código Civil decía: "Sin embargo, los bienes existentes en poder de los cónyuges, al disolverse el matrimonio, si no se aprueba que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por título lucrativo, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos cónyuges. No serán comunes, aunque adquiridos durante el matrimonio, los bienes existentes al disolverse éste, si se prueba que fueron comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matri-

Nótese que el legislador empleó la expresión "Se exceptúan de esa disposición *únicamente*". Se trata, pues, de un número *sclausum*, porque fue criterio del legislador señalar expresamente todas las excepciones admisibles a la regla general de la comunidad de bienes. No cabe otra interpretación sino la de que se quiso variar radicalmente, para los casos futuros, el criterio aplicado por los jueces. Las razones que condujeron a esa decisión pueden ser objeto de una viva discusión, que, en cierto modo, no pasaría de ser un ejercicio bizantino. En general, privó cierto sentido proteccionista de la mujer, interpretándose que la jurisprudencia creaba el gran peligro de que la esposa que vendía a su marido fuese engañada por éste. La tendencia contraria a esa opinión argumentó que ir contra lo resuelto por la jurisprudencia era ir contra la libre contratación entre los cónyuges. Este argumento no fue suficientemente examinado, como puede comprobarse en las actas de la Comisión, no obstante que sirvió de piedra angular a la jurisprudencia. Es de subrayar la circunstancia de que el Lic. Eladio Vargas, quien abogó porque se sustituyese el criterio jurisprudencial, razonó, en la parte final de la discusión, que él "no tendría inconveniente en apoyar la jurisprudencia, si efectivamente esas ventas fueran reales y efectivas. Pero como sé, por experiencia profesional, que eso no responde a la verdad, por esa circunstancia, estoy en contra de la jurisprudencia, y creo que en caso de disolución, es un bien tan partible como todos los bienes⁽³⁸⁾". En definitiva, la Comisión votó contra la jurisprudencia⁽³⁹⁾.

moniales o que la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio; y si se tratare de inmuebles, que fueron debidamente subrogados a otros inmuebles propios de los cónyuges.

Es permitido renunciar en las capitulaciones a las ventajas de la distribución final".

(38) Comisión Redactora, Acta N° 44, página 5.

(39) Tal jurisprudencia había sido establecida por la Sentencia de la Sala de Casación de 2:55 hrs. del 23 de abril de 1931, que copiamos seguidamente y fue reiterada por Casación N° 30, I sem., tomo único, p. 536, de 1957.

"El riñón del recurso consiste en decidir si ha sido o no violado o mal interpretado el artículo 77 del Código Civil. El caso en examen es probablemente único en la jurisprudencia de el país. Se trata de que la mujer compró al marido un bien de la comunidad conyugal. No puede equipararse el caso en que un cónyuge compra a un extraño para introducir el bien adquirido al patrimonio conyugal, con el caso en que el marido vende a su esposa la totalidad de un bien. En el primer supuesto es evidente la voluntad del cónyuge comprador de aumentar con ese bien el acervo del patrimonio común: en el segundo caso la contratación entre los cónyuges determina la voluntad del que lo vende de que la totalidad de lo vendido y sus aumentos y frutos sean del exclusivo dominio del cónyuge adquirente, sustrayendo lo adquirido de las reglas que disponen acerca de bienes comunes al extinguirse la sociedad conyugal. Entenderlo de otro modo es ir contra la manifiesta voluntad de los contratantes: el marido habría vendido la totalidad de un bien, reservando para sus sucesores una

El resultado práctico de todo ello es que se selló la posibilidad de dar una interpretación flexible, acorde con las reiteradas resoluciones judiciales, al artículo 41 del Código, cuya redacción, como resulta notorio, concuerda con lo que fue voluntad expresa de sus redactores.

Un aspecto que interesa tener claro es el hecho de que de conformidad con el párrafo primero del artículo 63 del Código, la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio o de separación judicial si no estuviere concluido y *deja sin efecto la ejecutoria de la sentencia que declare la separación o el divorcio*, si ésta ya se hubiere producido.

Pero como, según vimos, la sentencia de divorcio o de separación judicial liquida el régimen de participación en los gananciales, cabe plantearse el problema atinente a la condición jurídica de los bienes de los esposos que se reconcilian (en caso de separación) o que contraen nuevas nupcias entre sí (en caso de divorcio). Los bienes que se adjudicó cada uno de los esposos en el momento de la liquidación del régimen patrimonial continuarán perteneciendo al adjudicatario, no obstante la reanudación de la vida en común. A partir de este momento se crea una situación jurídica nueva: cada esposo conservará como propios los bienes que se adjudicó (por convenio o mediante sentencia) en la liquidación, pero participará de la mitad de los bienes gananciales que se adquieran a partir del momento en que se reanude la vida común, y hace, por consiguiente, una *nueva* "sociedad legal de gananciales". Esta tesis está claramente recogida en el artículo 63 del Código *in fine* al disponer que (en caso de reconciliación de los cónyuges) "en cuanto a bienes se mantendrá lo que disponga la resolución" (de divorcio o de separación judicial). Esta es también la tesis que se desprende de las actas de la Comisión Redactora⁽⁴⁰⁾.

Por todo lo anterior no es rigurosamente exacto afirmar que la reconciliación de los cónyuges deja sin efecto la ejecutoria que declare la separación. En realidad, la reconciliación resta efecto solamente a la declaratoria en lo que se refiere, a las relaciones perso-

parte de él. Si el marido le hubiera vendido la finca de que se trata a un extraño, nadie discutiría que ésta quedaba fuera del patrimonio conyugal en razón de que el comprador habría obtenido un dominio exclusivo y total de la cosa. Es lógico resolver que cuando el marido trasmite a su esposa el dominio de un bien, ella lo adquiere de un modo tan exclusivo cual si lo hubiera aportado al matrimonio. Si el marido, en vez de vender, hubiera donado, no se estaría en esta discusión... Porque recibió un precio no ha de entenderse que son diferentes las consecuencias legales del contrato. La regla que habla de la diferencia entre adquisición a título gratuito u oneroso, no parece de lógica aplicación a la que un cónyuge hace por la voluntad del otro, de quien obtiene la exclusividad del dominio".

(40) V., especialmente, Acta N° 55, de la Sesión celebrada el 13 de junio de 1969, pág. 7.

nales entre los esposos (cohabitación, residencia común, por ejemplo), y en lo que a la pensión alimenticia atañe. Pero no puede dejar sin efecto lo referente al régimen patrimonial y ni siquiera lo que la sentencia hubiere dispuesto con respecto a las relaciones personales entre padres e hijos. En este caso, si con ocasión de la separación o del divorcio uno de los cónyuges ha sido suspendido en el ejercicio de la autoridad parental, solamente podrá recobrarla mediante declaratoria expresa del Tribunal que lo rehabilite (V. Art. 149).

Entre los cónyuges la reciprocidad que implica el régimen de participación diferida en los gananciales es perfecta. Cada esposo está llamado a participar en las ganancias del otro (el marido en los gananciales de la esposa y viceversa).

En caso de muerte de uno de los esposos, igual paridad se establece entre los herederos y el cónyuge sobreviviente. Este participa en las ganancias del cónyuge pre-muerto y los herederos de este último tienen sobre las ganancias hechas por el cónyuge sobreviviente los mismos derechos que el causante.

Naturalmente que este equilibrio paritario no existe más que como vocación abstracta y no se concretizará necesariamente en ciertas ocasiones, en una compensación de gananciales. Esto ocurrirá por ejemplo, cuando a la hora de la discusión del régimen, solamente uno de los esposos tiene ganancias netas mientras que el otro se encuentra de déficit o sin ganancias. Mas en esta hipótesis, el cónyuge que no tiene nada que ofrecer en compensación, conserva sus derechos sobre los gananciales del otro. Este resultado, como bien lo subraya el profesor Cornu, aparece como "un efecto intencional de las reglas normales del régimen, en la lógica del sistema de participación. En ciertos casos, como en el de la mujer que no ejerce ninguna profesión separada para ocuparse del hogar, a asociarla justamente a los beneficios de su esposo, conforme a uno de los objetivos principales del régimen⁽⁴¹⁾.

Las gananciales no existen, pues, para un esposo, mas que a condición de su patrimonio final sea superior a su patrimonio originario. Por otra parte, la participación del otro cónyuge tiene lugar únicamente sobre ese crecimiento, pero no en el caso inverso, sobre el déficit. El régimen no asocia a los esposos en las pérdidas sino solamente en las ganancias. Los *patrimonios originales* de los esposos y sus patrimonios finales no serán tomados en consideración para el cálculo de los gananciales más que a condición de que, al deducir todas las deudas, quede aún una suma positiva (si el activo es más fuerte que el pasivo⁽⁴²⁾).

Con el profesor Cornu es necesario también apreciar que únicamente dan lugar a la participación los gananciales propiamente dichos, aislados de otros enriquecimientos de los esposos. En efecto,

(41) Ibid. p. 606.

(42) Ibid. p. 608.

el aumento en el valor de los elementos del patrimonio originario (de los bienes que se exceptúan en las disposiciones del artículo 41), debido a *causas monetarias* o a otras *circunstancias económicas* (la plusvalía, especialmente), no forman parte del crecimiento" que da lugar a la participación. Ese aumento de valor representa para un esposo un enriquecimiento en el cual el otro esposo no participa⁽⁴³⁾.

Como ya se ha indicado, cada esposo está llamado a participar por mitad en las gananciales del otro. Si se tienen en cuenta la compensación que debe operarse entre los gananciales de cada uno de los esposos el resultado es que de hecho la participación por mitad se refiere únicamente al excedente que resulta de compensación cuando uno de los esposos ha realizado más ganancias que el otro.

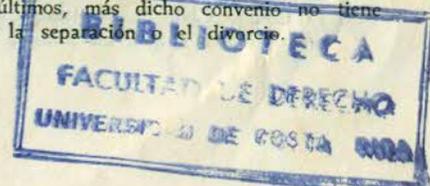
Finalmente debe observarse que en la repartición de los gananciales los esposos reciben la misma parte —la mitad— aun en el supuesto de que cada uno de ellos haya jugado un papel desigual en la realización de los gananciales⁽⁴⁴⁾.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que cualquiera de los esposos puede renunciar a los gananciales. Si cualquiera de los cónyuges renuncia a los gananciales abdica —según expresión de la Sala de Casación— a un derecho convencional, y tal renuncia es irrevocable en el sentido de que no puede volver sobre su decisión que sólo puede ser atacada de parte del otro cónyuge por error o violencia. (V. Fernández Soto vs. Lines Canalejas. Cas. 10:30 hrs. del 8 de junio de 1949. I Sem. Tomo Unico, p. 492).

Este es el sistema patrimonial de la familia, vigente en Costa Rica desde 1888. Las innovaciones introducidas por el Código de Familia han sido señaladas en el desarrollo de este trabajo. No obstante, esas innovaciones no modifican, en lo esencial, la fisonomía del régimen. Este se caracteriza aún por dos etapas: una de independencia y de separación, y otra comunitaria y de participación. Mas nuestro sistema sigue aun enfrentado al gran dilema de los regímenes mixtos: cómo conciliar los dos objetivos que parecen no poder realizarse, cada uno a su hora, al menos en plenitud, sin perjudicar al otro? ¿Cómo la independencia, si es absoluta, no convierte en estéril la participación? ¿Cómo la participación, si se garantiza verdaderamente no convierte en estéril la independencia?

(43) V. Ibid., en este punto el régimen costarricense, como el francés, se diferencian del sistema alemán que contando entre las gananciales incluso las plusvalías de los bienes propios de cada esposo y cualquier otro tipo de enriquecimiento, asegura una más amplia participación de cada esposo en el enriquecimiento del otro, cualquiera que sea la causa.

(44) Cuando la separación judicial o el divorcio se decretan por mutuo consentimiento, lo referente a la adjudicación de los bienes gananciales no se rige por las normas legales que hemos analizado, sino por el convenio previsto en los artículos 60 y 48 párrafo penúltimos, más dicho convenio no tiene ningún valor mientras no se pronuncie la separación o el divorcio.



Lo menos que podríamos decir es que nuestro régimen ha resuelto de modo satisfactorio ese dilema. La balanza se ha inclinado decididamente del lado de la independencia. *El derecho eventual* o mejor, el interés legítimo de uno de los cónyuges a participar en los gananciales de su esposo está insuficientemente garantizado. La acción en nulidad de los contratos simulados es difícil de ejercer y los tribunales la han mirado con reservas. Por otra parte, no existe en nuestro régimen una acción como la prevista en el artículo 1580 del Código Civil francés, que permite a cada esposo solicitar al tribunal la liquidación anticipada de la participación cuando sus "intereses" corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión del cónyuge. Tampoco existen reglas que subordinen para un esposo el poder de gratificar a terceros mediante donaciones, al deber de hacer participar a su cónyuge en sus gananciales, de modo que a la hora de la liquidación del régimen, de donaciones que un cónyuge hubiere hecho sin el consentimiento del otro, no vengan a disminuir sus gananciales.

A estas graves lagunas de nuestro sistema, el Código de Familia aporta un débil paliativo: el patrimonio familiar.

4. El patrimonio familiar:

El Código de Familia reintroduce en nuestro derecho el patrimonio familiar⁽⁴⁵⁾, que puede ser definido como una parte del patrimonio destinada a servir de habitación (un inmueble, cualquiera que sea su valor, pero con una superficie no mayor de mil metros cuadrados) o de fuente de sustento (siempre y cuando se trate de una parcela rural, cualquiera que sea su valor, pero en el tanto de que su extensión no exceda de diez mil metros cuadrados)⁽⁴⁶⁾.

Sus características más sobresalientes son las siguientes:

- a) Es un sistema puramente voluntario. Nadie está obligado a constituir un patrimonio familiar.
- b) Su constitución, al igual que las capitulaciones matrimoniales, puede ser realizada antes o después del matrimonio.
- c) Solamente los inmuebles pueden formar parte del patrimonio familiar.
- d) El bien afectado al patrimonio familiar no puede ser gravado ni enajenado, sino con el consentimiento de ambos cónyuges,

(45) La ley número 4277 de 16 de diciembre de 1968, conocida Ley de Patrimonio Familiar, derogada por ley número 4674 de 27 de diciembre de 1970, había tratado de proteger al menos el inmueble que sirve da habitación a la familia.

(46) El Código Civil de Guatemala de 1964 regula el patrimonio familiar en los artículos 352 a 366. La primera de esas normas define el patrimonio familiar

ni podrá ser perseguido por acreedores personales del propietario, salvo en cobro de deudas contraídas por ambos cónyuges, o por el propietario del bien con anterioridad a la inscripción de su afectación en el Registro Civil (esta afectación o su cesación se harán en escritura pública no sujeta al pago de impuestos, ni de derechos de registro, a fin de facilitar la constitución de patrimonio de esta clase).

- e) En principio, la afectación cesa automáticamente por fallecimiento de cualquiera de los esposos, separación judicial o divorcio. Pero en el primer caso el cónyuge sobreviviente podrá disponer su continuación, y en el segundo, siempre y cuando haya hijos menores, los cónyuges de mutuo acuerdo podrán también disponer la continuación. Como puede observarse, el legislador —desafortunadamente— omitió disponer, que en caso de divorcio o de separación judicial la afectación podía continuar por decisión judicial⁽⁴⁷⁾. Asimismo cualquiera de los esposos, o un tercero interesado, podrá solicitar al tribunal que decrete la cesación de la afectación, cuando se compruebe, mediante trámite sumario que el bien ha dejado de servir de habitación familiar o explotación destinada a la subsistencia de la familia.
- f) El titular del bien afectado al patrimonio familiar (conservará siempre la nuda propiedad). Y podrá traspasar (intervivos o

como "la institución jurídico social por la cual se destina uno o más bienes a la protección del hogar y sostenimiento de la familia.

Según el artículo 353 los establecimientos industriales y comerciales que sean objeto de explotación familiar pueden constituir el patrimonio de la familia, siempre que su valor no exceda de diez mil quetzales.

Inexplicablemente nuestro legislador no siguió en este punto el ejemplo de la legislación guatemalteca. En Costa Rica las sodas, cantinas, tiendas, pulperías, talleres y otros pequeños establecimientos comerciales e industriales no podrán ser objeto del patrimonio familiar.

La Liga Espiritual de Profesionales Católicos (Rama Jurídica) en un "Análisis Jurídico del Proyecto de Código de Familia" remitido a la Asamblea Legislativa en setiembre de 1973, pocos meses antes de que se promulgara la ley número 5476 de 21 de diciembre de 1973, observó: "La institución que en otras legislaciones suele llamarse "Patrimonio Familiar", es conveniente, pero el proyecto nos parece que yerra el camino para fijar el tipo de bien que debe constituirlo y las causas de extensión. En otras legislaciones: Guatemala por ejemplo, se fija un valor a ésta, "casa de habitación", también en México. El proyecto fija una extensión de terreno.

(47) La Liga Espiritual de Profesionales Católicos (Rama Jurídica) con sobrada razón, manifestó que "La extinción no debe producirse por la separación o el divorcio de los cónyuges ni por el fallecimiento de ellos; es cuando más se requiere este tipo de protección al menos cuando los hijos son todavía menores. El Código Italiano, que regula esta institución y permite la cesación ella al disolverse el matrimonio, hace la excepción del caso en que haya hijos menores. Cuando menos eso".

mortis causa) a su cónyuge, a uno o a varios de sus hijos comunes, la nuda o la útil propiedad de dicho bien.

Tal traspaso está exento del pago de los impuestos de beneficencia, donaciones y timbre universitario hasta por la suma de cien mil colones.

Dos observaciones se imponen, la primera es que la constitución del patrimonio familiar viene a limitar en cierta medida, la libertad de disposición de los bienes mortis causa. En efecto, la ley, al autorizar al cónyuge sobreviviente a continuar por voluntad unilateral, con el patrimonio familiar (es decir, con el disfrute del inmueble que sirve de habitación o sustento a la familia) implícitamente prohíbe —en este supuesto— al propietario del bien disponer del uso, usufructo y habitación en favor de un tercero o incluso de sus hijos extramatrimoniales.

La segunda hace referencia al hecho de que el patrimonio familiar puede ser constituido únicamente en favor de la familia matrimonial. El patrimonio puede ser constituido en favor del cónyuge (quien deberá dar su consentimiento para los actos de disposición) aun cuando no existen hijos comunes.

En cambio, la ley no permite la constitución del patrimonio familiar en favor de los hijos extramatrimoniales, y ni siquiera en favor de los hijos de matrimonio (caso del viudo que no hubiera constituido patrimonio familiar antes de la muerte de su cónyuge⁽⁴⁸⁾).

Esta limitación del patrimonio familiar es criticable sobre todo si se tiene en cuenta que la nueva legislación de familia tiende a proteger el interés de los hijos menores matrimoniales o extramatrimoniales y hace desaparecer las desigualdades entre la familia matrimonial y la extramatrimonial, cuya existencia es reconocida por el Código de Familia (V. art. 97).

Aún más, si se corrigieran estas omisiones, la institución podría ser un instrumento más útil al servicio de la familia y de los hijos.

(48) En estos casos en lugar del consentimiento del cónyuge para gravar o disponer se hubiera requerido del consentimiento del tribunal que actuará en resguardo de los intereses de los hijos menores.

La ley colombiana número 70 de 1931, que se refiere al patrimonio familiar, requiere, en caso de enajenación del bien amparado al patrimonio familiar, el consentimiento de los hijos menores, prestado por medio de un curador ad hoc (arts. 21 y 23).

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE LOS CONYUGES EN LOS PAISES SOCIALISTAS*

Dr. Víctor Pérez

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica.

Introducción.

Como primera advertencia, necesaria para la objetiva comprensión de la realidad que es objeto de nuestra investigación, es necesario descartar una serie de prejuicios que no deberán perturbar el carácter científico del trabajo del jurista⁽¹⁾, conceptos que a menudo están determinados por una injustificable pretensión de superioridad de orden apriorístico⁽²⁾.

Uno de los prejuicios corrientes es el de que “en un ordenamiento jurídico inspirado en los principios del socialismo no hay lugar para la familia”⁽³⁾. Con fundamento en los mismos datos positivos de los países socialistas podemos establecer la opuesta constatación de que la institución matrimonial y familiar representa, más bien, objeto específico de garantía constitucional al igual que como ocurre en nuestro Ordenamiento⁽⁴⁾.

(*) El presente estudio sigue estructuralmente el orden de ideas de la obra: *NATOLI, Ugo. I rapporti patrimoniali tra coniugi nella legislazione russa e slava*. Cedam, Padova, 1960.

(1) Una muestra de análisis “jurídico” carente de objetividad sobre el tema puede encontrarse en *GREGNANTIN, Il matrimonio nella repubblica socialista federativa sovietica rusa nella filosofia e nel diritto*, Milano, 1957.

(2) Sobre la actitud (infundada) de superioridad de la cosmovisión occidental capitalista v. *AMAR, André. Europa ha hecho al mundo*. Plaza y Janes, S. A. Barcelona, 1968, y *VERDROSS, Alfred. Filosofía del Derecho occidental*. Centro de estudios filosóficos UNAM. 1962, página 5.

(3) Debe aclararse, sin embargo, que según algunos la pérdida de funciones de la familia no revela otra cosa que una tendencia de ésta hacia su desaparición, por lo menos en su forma tradicional. Esta es la tesis de *MAO TSE TUNG. La famiglia scomparirà*. Conferencia de Cheng Tu, 1958, marzo, publicado en *Lotta continua*, 29 de setiembre de 1974. Debe aclararse sin embargo en la exposición de motivos del Código de Familia cubano de 14 de febrero de 1975 se afirma expresamente la importancia funcional de la familia en la formación de las nuevas generaciones tanto es ello así, que uno de los objetivos de dicho Código es contribuir al fortalecimiento de la familia (art. 1).

(4) Así, por ejemplo, el artículo 83 de la Constitución rumana, el artículo 76 de la Constitución búlgara, el artículo 10 de la checoslovaca, el 67 de la polaca, el 96 de la china y el 30 de la Constitución de la República Democrática alemana. La importancia de la familia dentro del socialismo se ha visto en la tesis de Marx de que ella es el criterio para juzgar a la sociedad, pues en la familia se vislumbra todo el orden social. V. *CALVEZ, Jean Ives. El pensamiento de Carlos Marx*. Taurus. Madrid, 1964, página 454.

La comprensión de la forma de regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en los países socialistas es posible solamente con fundamento en los principios filosóficos sobre los que tal regulación se apoya. Estas ideas-base se encuentran en algunos párrafos del Manifiesto Comunista de Marx y Engels⁽⁵⁾ y en la obra de este último sobre "El origen de la familia, de la propiedad y del Estado".

Tal tesis, en lo que nos interesa, puede sintetizarse en la forma siguiente:

- a) La estructura de la familia capitalista⁽⁶⁾ se fundamenta más que en el efecto, en una serie de relaciones de orden económico en las que predomina la voluntad de uno de sus componentes.
- b) Esta estructura de la familia en la sociedad capitalista coloca una de las partes (la mujer) al servicio de la otra (el hombre), en evidente posición de inferioridad. Tal posición de inferioridad de la mujer en la familia de la sociedad capitalista se proyecta sobre toda la sociedad, representando un sustancial impedimento en el proceso de emancipación de la mujer⁽⁷⁾.

No nos detendremos, por el momento, a analizar el grado de verdad que se encuentra en estas afirmaciones. Bastará constatar que

(5) En la crítica a la familia tradicional se expresa en el Manifiesto: "La burguesía desgarró los velos emotivos y sentimentales que envolvían las relaciones familiares y los redujo a simples relaciones de dinero". MARX-ENGELS, *Manifiesto Comunista*. Editorial Cultura, San José, 1962, página 27. En el mismo sentido se expresa el sociólogo polaco Bauman al afirmar que "en la sociedad dividida en clases, basadas sobre la propiedad, la familia conserva la función de determinar la posición social de las generaciones sucesivas." BAUMANN, Sygmunt. *Lineamenti di una sociologia marxista*. Editori riuniti. Roma. 1871, página 340. Sobre el tema V. MONTENEGRO, Walter. *Introducción a las doctrinas político-económicas*. Fondo de Cultura Económica. México, 1967, página 124.

(6) Al respecto se ha aclarado, con gran razón que: "no hay que concluir que Marx se muestra hostil a toda clase de institución familiar. Ataca directamente a la forma particular —criticable en más de un aspecto— que suelen tomar las relaciones familiares cuando intervienen las consideraciones económicas capitalistas y la primacía del dinero". CALVEZ, op. cit., supra 4, página 162. V. tam. CHEVALIER, J. J. *Los grandes textos políticos*. Aguilar. Madrid, 1965, página 198. Ya MARX en "La ideología alemana" hacía notar que "la familia debe ser tratada y explicada con base en los datos empíricos y no con base en el concepto de familia". Sobre este enfoque, MICHEL, Andrée. *Sociología della familia*. Il Mulino, Bologna, 1973, páginas 19128. Con relación a la circunscripción del término "Familia" es interesante recordar que Engels criticaba al jurista que se crea una expresión jurídica estable y continua aplicándola sin modificaciones a situaciones que después de un tiempo no admiten tal aplicación. ENGELS, Friederich. *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*. Prefacio a la cuarta edición de 1891. Paperbacks marxisti, 19 New comp-ton italiana. Roma, 1974, p. 37.

(7) Así sintetizados en NATOLJ, op. cit., pág. 4.

los juristas de los mismos países capitalistas han denunciado tal posición de subordinación⁽⁸⁾ y, en gran parte, la creciente ola de reformas (muchas de ellas verdaderas revoluciones) a la legislación familiar en todo el mundo responde a una inquietud de buscar solución a este problema⁽⁹⁾.

El Matrimonio y el Principio de Igualdad en los Países Socialistas

La más generalizada definición del matrimonio que nos ofrecen los juristas de los países socialistas responde a los siguientes caracteres: se trata de una unión voluntaria y libre entre hombre y mujer que se concluye mediante la declaración efectuada por ellos ante los órganos competentes del estado civil, fundada sobre el principio de la plena parificación de las partes, sobre el amor y el respeto recíproco y que tiene por fin la constitución de una familia⁽¹⁰⁾. El punto clave de esta concepción se encuentra en el principio de plena igualdad entre los cónyuges⁽¹¹⁾.

(8) En Francia el artículo 213 del Code Civil prevé la dirección conjunta de la familia por parte de ambos cónyuges. El presidente de la comisión de reforma explicó esta disposición diciendo que "la verdadera cohesión no depende de la autoridad de uno de los cónyuges; tal concepción autoritaria sólo puede conducir a conflictos; ella depende de la unión de los esposos". DOYEN JULIOT DE LA MORANDJER, propos cités par M. le Garde des Sceaux lops, des débats parlementaires. J. O. débats A.N. 9 avril 1970, cit., p. CAMELBEKE. *Les reformes du droit de la famille in France au cours de la dernière decennie*. Riv. Il diritto di famiglia e delle persone, N. 3 de 1974, Giuffrè-ed. Milano, pág. 794. En Francia también la misma reforma legislativa reciente de la materia del divorcio se encuentra fundamentada en este principio. GUICHARD, Alain. Aux Senat: *reformé du divorce: le texte du gouvernement coubent prefere a celui de l'assemble*. Le Monde, París. Periódico del día 18 de junio de 1975, pág. 9.

En la reforma italiana se pretende realizar el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges con la cancelación de diversas normas que presuponían una supuesta inferioridad física y moral de la mujer y establecía una absoluta preponderancia del marido.

(9) Algunos ejemplos del proceso de revisión de los criterios tradicionales del Derecho de Familia se encuentran en el Código de Familia de Polonia de 1950 y en la Ley húngara de matrimonio y familia, también de 1950. Especial interés presentan las reformas introducidas en Francia por la ley de 13 de julio de 1965. Otros relevantes ejemplos se encuentran en el Código de Familia de Alemania Oriental de 20 de diciembre de 1965 y en el de la Unión Soviética de 30 de julio de 1969, así como en la ley de la República Federal alemana de 19 de agosto de 1969.

(10) PERGAMENT en GENGIN-BRATUS. *Sovietisches Zivilrecht*, Berlín. 1953, II, pág. 436, cit p. NATOLJ, op. cit., pág. 5.

(11) Reconocido en los diversos países socialistas. Art. 1 y 25 del Código de la Familia en Rumania aprobado con Ley de 4 de enero de 1954; artículo 14 del Código de la Familia Polaco, aprobado con ley de 27 de junio de 1950; art.

En el viejo Código del Imperio ruso se expresaba: "La mujer debe obedecer al marido como jefe de la familia, vivir con él con amor, respeto e incondicionada sumisión y mostrarle condescendencia y dedicación"⁽¹²⁾.

Actualmente, la nueva formulación afirma la autonomía que independientemente del vínculo familiar corresponda a ambos cónyuges

15 del Código de Familia Checoslovaco, aprobado con Ley de 7 de diciembre de 1949, art. 9 de la Ley de 1º de mayo de 1950, sobre el matrimonio, de la República Popular China, art. 13 de la ley para la tutela de la madre en la República Democrática alemana. También se habla de absoluta igualdad de derechos de hombre y mujer en el Código de Familia cubano (de 14 de febrero de 1975) art. 1º, art. 24.

- (12) En cuanto a las resoluciones personales entre los cónyuges también en nuestro propio ordenamiento se establecía el deber de la esposa de prestar obediencia al marido. Se decía: "La sumisión a la voluntad del marido es especialmente en cuanto fuere indispensable para que reine en el hogar el Orden, la disciplina". BREÑES, Alberto. *Tratado de las Personas*, Imprenta Trejos, San José, 1925, pág. 158. Esta idea encuentra un antecedente importante en el pensamiento enciclopédico-iluminista de Voltaire quien afirmaba: "Me parece que la mayor parte de los hombres ha recibido de la naturaleza bastante sentido común para legislar... Reunidos los simples y pacíficos agricultores de la tierra todos estarían de acuerdo en... que un padre de familia debe ser el jefe en su casa... en una hora harían treinta leyes de esta especie, todas útiles al género humano." *VOLTAIRE, Dizionario Filosofico*. Rizzoli-editori. Milano, 1966, pág. 226. El mismo Hegel admitía que la diferencia natural entre los sexos era una diferencia natural. *HEGEL G.F. Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*. Trad. b. CROCE, Laterza Bari, 1951, pág. 463. En síntesis, nos encontramos frente a un tipo de familia jerárquica (sobre el tema de la estructura jerárquico-autoritaria de la familia v. *UNGARI, Paolo. Storia del diritto di famiglia in Italia*. Il Mulino, Bologna, 1974, en especial págs. 50, 55, y 67 y también *BESSONE, Mario. Il diritto di famiglia*. Génova, 1974, pág. 73), de corte Napoleónico. (El propio Napoleón Bonaparte asistió a las reuniones de redacción del Code Civil poniendo especial interés en la afirmación de la estructura jerárquica de la familia. En efecto, según el testimonio de *THIBAUDEAU*, Napoleón afirmó: "La naturaleza ha hecho de las mujeres nuestras esclavas. El marido tiene el derecho de decir a su esposa: Madame, Usted hoy no sale, Usted no va hoy a la comedia..." *THIBAUDEAU, Memoires sur le Consulat*, pág. 426. En el acta de reunión del 5 vendemmiaio del año X (27 de septiembre de 1801) el Primer Cónsul afirmó que "la obligación de la mujer de seguir al marido es absoluta y general" *FENET, Recueil complét des travaux preparatoires du Code Civil*, IX reimpresión de l'edition 1827, Osnabrück, 1968, pág. 73, opiniones que eran una confirmación de las tesis de juristas como *POJHIER (Traité du contrat de mariage*, Orléans-Paris, 1777, N. 382) y de *POTALIS* quien afirmaba que "la obediencia de la mujer es un tributo al poder del hombre que la protege" *POTALIS en LOCRE. Legislazione Civile, commerciale e criminale*, II, Napoli, 1840, pág. 526, y *DEMOLOMBE, Traité du mariage et de la separation de corps*, II, Paris, 1874, pág. 102. v. com. en *UNGARI*, op. cit., supra, pág. 127 y *LIPARI, Nicolo. Diritto Privato. Una ricerca per l'insegnamento*. Laterza. Bari, 1974, pág. 204. Sobre el tema v. *PEREZ, Víctor. Orientaciones del Derecho de Familia costarricense*. Instituto de Derecho Privado. Universidad de Costa Rica. San José, 1975, págs. 9, 10, 42 y 76.

en el desarrollo de la vida de la comunidad social, resolviendo las relaciones entre ellos sobre la base de igualdad de posiciones (no contratantes) tendientes a componerse en una unidad orgánica.

Igualdad jurídica y economía familiar en los países socialistas.

Esta igualdad de posiciones⁽¹³⁾ se plantea, con una particular problematicidad con referencia a la conducción de la economía doméstica la cual se encuentra sustancialmente basada sobre el acuerdo de los cónyuges y sobre el indispensable aporte de ambos⁽¹⁴⁾.

Si bien las relaciones patrimoniales tienen en la familia un carácter instrumental⁽¹⁵⁾ su regulación atenta se considera indispensable con el fin que mediante ellas no resulten burlados los objetivos de la nueva institución familiar basada en un diálogo entre iguales. Desde este punto de vista, la primera medida adoptada en los países socialistas fue la eliminación de la posibilidad de convenciones matrimoniales tendientes a instaurar un régimen patrimonial diverso del establecido por la ley⁽¹⁶⁾.

- (13) Tal igualdad de posiciones es simplemente consecuencia lógica del reconocimiento del ordenamiento del hombre y de la mujer como sujetos de derecho, ambos dotados de personalidad jurídica, esto es, de referibilidad genética (de todos) y potencial (posible) de los intereses o valores jurídicamente relevantes de un sistema. Sobre esta fundamentación del principio de igualdad v. *PEREZ, Víctor, Existencia y Capacidad de las Personas*. Instituto de Derecho Privado. Universidad de Costa Rica, 1974, pág. 57 y bibliografía ahí citada.
- (14) Esta línea de principio está, por ejemplo, claramente expresada en el Código de Bulgaria, artículo 31, según el cual "los cónyuges deben asegurar de común acuerdo y con el aporte común, el bienestar de la familia". En igual sentido el artículo 26 del Código de Rumania, el 15 del Código polaco y el 16 del Código checoslovaco, agregando estos dos últimos citados que en caso de desacuerdo la decisión es pedida a la autoridad judicial. Es interesante la formulación del Código de Familia cubano: Art. 27, "Los cónyuges están obligados a contribuir a la satisfacción de las necesidades de la familia que han creado con su matrimonio, cada uno según sus facultades y capacidad económica".
- (15) Puede, al respecto hablarse de una instrumental infraestructural, en conformidad con la idea de que "En la producción social que los hombres llevan a cabo, ellos entran en determinadas relaciones que son indispensables e independientes de su voluntad; estas relaciones de producción corresponden a un determinado estado de desarrollo de los poderes materiales de producción. La totalidad de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, el verdadero fundamento sobre el cual se levantan las superestructuras jurídicas y políticas a las cuales corresponden determinadas formas de conciencia". *MARX, Karl. Preface to contribution to critique of political economy*, 1859. I. to. J. *HAMPSTEAD*. London, 1972, pág. 655. Sobre el tema v. *KUUSINEN, Otto. Manual de Marxismo-Leninismo*. Ed. Grijalbo, México, 1960, pág. 127.
- (16) Con este fin el artículo 30 del Código de Rumania establece la nulidad de las convenciones contrarias al régimen legal, el artículo 13 del Código soviético establece la prohibición de tales convenciones, la cual se deduce de la norma que marca los límites de validez a los acuerdos entre los cónyuges; en igual

Las anteriores limitaciones relativas a las convenciones matrimoniales no implican en modo alguno que no haya campo para la autonomía negocial de los cónyuges en la regulación de sus relaciones matrimoniales. Simplemente, tratándose de un matrimonio, se dispone que es esencial el acuerdo de los cónyuges para todo lo relativo a la conducción de la economía doméstica y por ello, también para la destinación de los bienes que constituyen en substrato⁽¹⁷⁾. También en caso de cesación del vínculo conyugal (en caso de divorcio) el acuerdo de los cónyuges es decisivo para la determinación de la regulación de las relaciones patrimoniales⁽¹⁸⁾.

Evolución de la Legislación Rusa en Tema de Relaciones Patrimoniales entre Cónyuges.

El presupuesto de la parificación de las posiciones de los cónyuges lo encontramos en Rusia por primera vez en el Código Soviético de la Familia (22 de octubre de 1918). Con el fin de obtener la consolidación de este principio, el Código soviético afirmaba como base para la regulación de las relaciones patrimoniales de la familia el régimen de la separación de bienes, sin distinguir acerca de si se trataba de bienes adquiridos anteriormente al matrimonio o durante el mismo. En otros términos, cada uno de los cónyuges conservaba intacta su esfera patrimonial, siendo la única modificación después del matrimonio la obligación de mantener el otro cónyuge en caso de necesidad. La razón política de la adopción de este régimen se encontraba en el intento de disminuir los peligros derivados del atraso cultural en que se encontraba la mujer rusa durante el tiempo de la revolución⁽¹⁹⁾. Se quería, en otros términos, impedir que el marido se apoderase de los bienes de la mujer perpetuando de hecho la situación del antiguo régimen. Además de ello, el abstracto, el régimen de la separación de bienes parecía responder mejor al principio de la parificación de los cónyuges⁽²⁰⁾.

Este régimen de separación de bienes (del Código soviético y de la citada ley polaca) presentaba otros inconvenientes que, en la práctica, parecía llevar a una progresiva disminución de los derechos patrimoniales de la mujer. En particular, las mujeres se encontraban

sentido encontramos el artículo 29 del Código checoslovaco y el artículo 28 del Código polaco. Es interesante observar que el citado artículo 13 del Código soviético legitima la negativa de uno de los cónyuges para la actuación de este tipo de acuerdos.

(17) Así art. 9 del Código soviético, artículo 31 del Código búlgaro, art. 26 del Código rumano, art. 15 del Código polaco y art. 16 del Código checoslovaco.

(18) Art. 22 del Código soviético, art. 23 de la ley china antes citada y art. 36 del Código rumano.

(19) Así, *NAJOLJ*, op. cit., pág. 7.

(20) El mismo régimen fue admitido en la primera ley polaca sobre la familia de 29 de mayo de 1946.

económicamente en una posición de desventaja por dedicar su actividad principalmente a los hijos y a los trabajos domésticos, teniendo por ello escasas posibilidades de obtener ganancias. El resultado concreto era que normalmente todo el patrimonio de la familia pertenecía al marido. Esta situación, además de acentuar la posición de subordinación económica de la mujer, tenía graves consecuencias en caso de disolución del vínculo matrimonial mediante divorcio, caso en el cual la mujer se encontraba desprovista de un patrimonio propio.

Frente a esta situación, los tribunales, reconociendo la preeminencia del principio (no meramente formal, ni meramente programático) de la paridad entre hombre y mujer, intentaron buscar nuevas soluciones; una de ellas fue la de colocar el trabajo doméstico de la mujer sobre el mismo plano que el trabajo desarrollado por el hombre en el proceso general de la producción⁽²¹⁾. La jurisprudencia comenzó a considerar el patrimonio adquirido por el marido durante el matrimonio como patrimonio común, en cuanto el trabajo desarrollado por la mujer en la conducción de la casa era considerado como un factor igualmente decisivo respecto al bienestar de la familia. Esta dirección jurisprudencial provocó la reforma introducida con el Código de 1926, todavía en vigor en lo que nos interesa, con algunas precisiones introducidas en 1944.

Análisis del Régimen Patrimonial Ruso Actual.

El régimen de relaciones patrimoniales entre los cónyuges se articula esencialmente sobre dos puntos.

- a) Separación de los bienes, en lo que se refiere a los que pertenecían a los cónyuges antes del matrimonio⁽²²⁾.
- b) Comunión de las adquisiciones hechas por uno u otro cónyuge durante el matrimonio⁽²³⁾.

Este sistema, así sintéticamente expresado, ha representado el modelo sobre el cual se han basado sucesivamente las diversas legis-

(21) La consideración de la esencial igualdad del trabajo del hombre y del trabajo de la mujer, con la crítica subyacente a la concepción tradicional, ha sido expresamente acogida en algunos Códigos. Así, art. 19 y 28 del Código checoslovaco y arts. 18 y 27 del Código polaco.

(22) Al respecto debe aclararse que el principio de separación de bienes se refiere según la doctrina soviética no solamente a los bienes que tenía cada uno de los cónyuges antes del matrimonio, sino también a los adquiridos por medio de ellos. Así, expresamente el art. 32 del Código de Familia cubano.

(23) La adquisición que cae dentro del régimen de comunión (en ruso: *nasd chitoe*) es la que resulta de una actividad del adquirente (la cual es identificada con el trabajo). De este modo, escapan de la comunión todos los bienes que son adquiridos dentro del matrimonio sin una actividad del cónyuge adquirente (así, por ejemplo, los obtenidos por medio de donación o por sucesión).

laciones de los demás países socialistas⁽²⁴⁾, con excepción del ordenamiento de Bulgaria que mantiene el régimen de separación con algunas atenuaciones en lo que se refiere a las hipótesis de disolución del matrimonio⁽²⁵⁾.

El fundamento de las disposiciones que establecen la comunidad de bienes se encuentra en la existencia de una comunidad de esfuerzo para la producción o adquisición de esos bienes. Esto ha llevado al Código de Ucrania (artículo (125) a sostener que el patrimonio común de los cónyuges está constituido por lo que es adquirido con su trabajo durante el matrimonio, quedando por fuera cualquier otra adquisición.

La jurisprudencia soviética ha llegado a conclusiones análogas en la determinación según las circunstancias de los bienes en comunidad para los efectos de su distribución en el momento de la cesación del vínculo conyugal mediante divorcio⁽²⁶⁾.

Con los datos positivos examinados se puede constatar la existencia de una tendencia en los países socialistas a limitar a lo indispensable el régimen de la comunión. Una ulterior confirmación se encuentra en el proyecto del Código de Familia de la República Democrática alemana, según el cual caen en comunión solamente los bienes adquiridos durante el matrimonio, con tal de que estén destinados a un uso común, o si no con tal de que sean empleados en la conducción común de la economía doméstica.

Disciplina Jurídica del Régimen de Comunión de Bienes en los Países Socialistas.

Según la doctrina socialista⁽²⁷⁾ la comunión de bienes durante el matrimonio representa una hipótesis de propiedad colectiva, distinta de la copropiedad: mientras ella dura los cónyuges no tienen

(24) Art. 30, 31 Código rumano, art. 22 Código checoslovaco, art. 21 Código polaco, art. 10 y 23 de la ley china citada, art. 29 Código de Familia cubano (14 de febrero de 1975).

(25) Art. 55 Código búlgaro.

(26) *NAJOLJ*, op. cit., pág. 10. En Costa Rica la jurisprudencia ha determinado que el fundamento de la división a mitad de los bienes se encuentra en el esfuerzo común, y cuando éste falta, como en el caso de la separación de hecho de los cónyuges, la comunidad carece de razón de ser. En este sentido las siguientes sentencias de la *SALA DE CASACION*: N° 54 de 16 hrs. de 2 de junio de 1964, sem. I, tomo II, pág. 617. 13:50 hrs. de 23 de noviembre de 1905; N° 100 de 16:45 hrs. de 18 de agosto de 1959, tomo I, II sem. pág. 659; N° 13 de 14 y 30 hrs., de 18 de enero de 1961. I tomo, I sem. pág. 115; N° 110 de 15 hrs. de 29 de octubre de 1965, tomo I, II sem. pág. 578; N° 126 de 16 hrs. 30 m. de 14 de diciembre de 1967, tomo II, II sem. pág. 1.130. N° 95 de 16 hrs. 15 m. de 8 de noviembre de 1966, tomo II, II sem. pág. 513.

(27) PERGAMENT. op. cit. supra 10, pág. 465.

derecho a una cuota determinada del patrimonio común, teniendo cada uno de ellos igual derecho a la totalidad. En consecuencia, no siendo una hipótesis de copropiedad no es posible disponer de la propiedad cuota. Se admite, que uno solo de los cónyuges pueda, en determinadas hipótesis comprometer todo el patrimonio común⁽²⁸⁾.

Es interesante la norma que se encuentra en el Código rumano relativa a la responsabilidad del patrimonio común; hay cuatro categorías de obligaciones de las que responde la comunidad: los gastos de administración de los bienes comunes, las obligaciones contraídas conjuntamente, las obligaciones contraídas singularmente para satisfacer las necesidades de la familia, el resarcimiento de los daños causados por cualquiera de los cónyuges a la propiedad pública cuanto de ello derive el enriquecimiento del patrimonio común. El Código polaco (artículo 23 párrafo segundo) afirma que en todo caso debe tratarse de acreedores cuyo derecho haya surgido durante el matrimonio y que no tenga su causa en fines o exigencias extrañas a la comunión.

Lo descrito hasta el momento es la condición de los bienes comunes mientras la comunión no se disuelva.

La Condición de los Bienes a Partir de la Disolución de la Comunión.

La disolución de la comunión ocurre normalmente con la cesación del vínculo conyugal mediante divorcio⁽²⁹⁾. Sin embargo, excepcionalmente se admite que pueda ocurrir la disolución de la comunión aún durante el matrimonio por motivos graves, cuando los acreedores particulares de los cónyuges (individualmente considerados) lo solicitan para poder satisfacer sus créditos (ya que no podrían actuar sobre el patrimonio común)⁽³⁰⁾.

En caso de divorcio la regulación de la comunión puede ser hecha de acuerdo por los interesados⁽³¹⁾. La determinación judicial ten-

(28) Así en Rusia el "Codice Sovietico della famiglia, a cura di MATTEUCI", Roma, 1947, pág. 90, establece que los bienes comunes responden de las deudas contraídas, durante el matrimonio, tanto conjuntamente como singularmente por los cónyuges. El Código rumano art. 35, establece, en general, la necesidad de la administración conjunta, pero pone —salvo con relación a lo que se refiere a la disposición de derechos inmobiliarios— una presunción de consentimiento del otro cónyuge. El Código de Familia cubano, contrariamente, establece en su art. 36: "Ninguno de los cónyuges podrá realizar actos de dominio en relación con los bienes de la comunión matrimonial sin el previo consentimiento del otro, excepto los de reivindicación para la comunión."

(29) Para el Código polaco, art. 24 y el checoslovaco, art. 25, también en caso de interdicción judicial.

(30) Así en el Código rumano, art. 36.

(31) Art. 22 Cód. soviético, art. 36 Cód. rumano, y art. 23 Ley China.

drá lugar solamente si falta al acuerdo. La jurisprudencia ha establecido en esta materia la tendencia según la cual, teniendo los cónyuges el mismo derecho sobre los bienes comunes éstos deben ser divididos en partes iguales⁽³²⁾. El fundamento que se pone para esta disposición es la abierta consideración del trabajo doméstico de la mujer como equivalente al del marido (en forma expresa en los Códigos de Ucrania y de Bielorusia). En algunos Códigos se permite, sin embargo, la posibilidad de que uno de los cónyuges sea atribuida una porción menor, en consideración a su diverso aporte al patrimonio común⁽³³⁾. La misma jurisprudencia soviética ha establecido que es admisible que se atribuya una parte menor al cónyuge que haya concientemente colaborado menos o que con su comportamiento haya acarreado perjuicio a la comunidad⁽³⁴⁾. Otra de las razones que facultan una desigual distribución se encuentra en el interés de los hijos, en particular, en consideración al principio de poner al cónyuge que de ellos se ocupará, en posibilidad de asegurar las condiciones indispensables para el mantenimiento y educación de los hijos, reconociéndose así un gran margen de discrecionalidad para el juez.

Disposiciones Particulares de Algunos Ordenamientos.

Especial interés presenta la Ley China, sustancialmente inspirada en los mismos principios expuestos, pero con especial énfasis en la necesidad de asegurar una mayor tutela a la mujer en caso de divorcio. El art. 23 de la misma indica al juez que debe tener especialmente en cuenta los intereses de la mujer.

El sistema búlgaro, por otro lado, tiene una posición particular, separándose de las soluciones acogidas en los otros países. La característica principal de esta regulación, contenida en el Código de las personas y de la familia, de 9 de agosto de 1949 es que ella excluye la comunidad, afirmando, en cambio, el régimen de la separación de bienes. El artículo 32 establece expresamente que "cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de sus bienes y sobre ellos tiene las facultades de administración y goce". La misma ley, sin embargo, en su artículo 31 afirma que ambos cónyuges deben contribuir al bienestar de la familia uniendo sus esfuerzos. Con base en esta afirmación se ha establecido la responsabilidad solidaria del cónyuge para satisfacer las necesidades de la familia.

(32) Así también en el Código polaco, art. 25 y en el checoslovaco, art. 26.

(33) Art. 27 Cód. polaco y 28 Código checoslovaco.

(34) V. *NAJOLJ*, op. cit., pág. 13.

*
* *
PONENCIA

Ponente: *Patronato Nacional de la Infancia*

CONSIDERANDO:

- 1) Que en el artículo 14 del Código de Familia, al indicar cuales matrimonios son legalmente imposibles, dice en su inciso 5): "Entre el autor, coautor o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el excónyuge sobreviviente.

CONSIDERANDO:

- 2) Que en la Sección II del Título III del Código Penal, con el subtítulo de: Autores y Cómplices, se refiere ese cuerpo legal, en el artículo 45, a los "autores y coautores" del hecho punible; el artículo 47, a los "cómplices" del delito; y el artículo 46, al instigador, que es quien "intencionalmente determine a otro a cometer el hecho punible".

CONSIDERANDO:

- 3) Que comparando lo que dice el Código de Familia, indicado en el Considerando 1), y lo dicho en el Considerando 2), vemos que hubo olvido en el primer cuerpo legal, al no incluir, entre las imposibilidades legales del matrimonio, al INSTIGADOR, que es tan responsable como el autor, el coautor y los cómplices. Debe reformarse pues el artículo 14 del Código de Familia, completando el cuadro de las personas que hayan intervenido en el delito a que dicho artículo se refiere, incluyendo al "instigador".

EN CONSECUENCIA:

Se propone la siguiente reforma del indicado inciso 5): Reformarse... etc., para que diga así:

- 5) Entre cualquiera de las personas que hayan participado en el delito de homicidio de uno de los cónyuges, con el cónyuge superviviente".

BASES PARA UNA PONENCIA DEL CONGRESO JURIDICO
NACIONAL. REFORMA A LOS ARTICULOS 39 Y 41
DEL CODIGO DE FAMILIA.

Ponente: *Lic. Eladio Vargas Fernández.*

— I —

El artículo 39 del Código de Familia autoriza la modificación de las Capitulaciones Matrimoniales, después de celebrado el matrimonio. Esto permite transformar, generalmente en perjuicio de la mujer, las Capitulaciones que precisamente deben otorgarse antes de la celebración de la boda, a fin de que ella tenga libertad absoluta para disponer sobre sus intereses de la manera que más le convenga. Puede, además, obtener asesoramiento profesional y familiar previo para estar capacitada a la hora de firmar la escritura respectiva.

Durante el matrimonio la esposa puede ser objeto de presiones de orden moral y de muy diversa índole, de parte del marido, para transformar las Capitulaciones en favor de este último, lo cual implica una notoria desigualdad jurídica, contraria a lo dispuesto por el artículo 52 de la Constitución Política.

El proyecto elaborado por la Comisión decía en lo conducente:

“Artículo 38.—Las Capitulaciones Matrimoniales pueden ser modificadas después del matrimonio, con la autorización motivada del Patronato Nacional de la Infancia, que actuará en resguardo de los intereses familiares. . .”.

— II —

El artículo 41 del Código de Familia, reproduce, con ligeras variantes de escasa importancia, el derogado artículo 77 del Código Civil, al amparo del cual se cometieron enormes injusticias, generalmente en perjuicio de la mujer, ya que en esas disposiciones legales se establece lo que ha dado en llamarse la sociedad conyugal, en la que la mujer, tiene derecho a la mitad de los bienes, ganados con el esfuerzo común, cuando el matrimonio se disuelve. Sabido es que casi siempre los bienes están a nombre del varón, y que cuando éste incurre en una causal que da lugar al divorcio, se apresura a traspasar ficticiamente todos los bienes, de tal manera que cuando la esposa plantea su demanda de divorcio y reclama la mitad que le corresponde de acuerdo con la ley, dichos bienes ya han sido enajenados y ella se ve burlada en sus derechos. Luego el marido, ya divorciado, recoge los bienes nuevamente y nada ha perdido. Para corregir semejante abuso, la Comisión que elaboró el proyecto, propuso modificar el antiguo artículo 77, en los siguientes términos:

“Artículo 39.—Si no hubiere capitulaciones matrimoniales cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiriera luego a título gratuito. Aquellos bienes que a la disolución del matrimonio deban considerarse comunes, no podrán ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados sin el consentimiento del otro cónyuge; y si fueren perseguidos por acreedores personales, sólo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad le pertenece al cónyuge no accionado. Lo dispuesto en este artículo no incluye las obligaciones civiles provenientes de delitos o cuasidelitos”.

La Asamblea Legislativa, sin que se conozca ninguna explicación al respecto, derogó la transcrita reforma, y reprodujo, como ya se dijo, con ligeras variantes de escasa importancia, lo dispuesto por el artículo 77 del Código Civil, manteniendo, en consecuencia, abierta la puerta para que se siga cometiendo el indicado abuso.

Sobre el fundamento doctrinario de la reforma propuesta por la Comisión y una más detallada crítica en relación con lo expuesto, puede leerse uno de los artículos que publiqué en el diario *La Nación* el año pasado, en mi calidad de co-autor del Proyecto de Código de Familia de que conoció la Asamblea Legislativa. Dichos artículos aparecen reproducidos en la *Revista de Ciencias Jurídicas* de la Facultad de Derecho y del Colegio de Abogados, número 25, correspondiente a los meses Enero-Abril de 1975.

El artículo que aquí se hace referencia es el número VIII y figura en las páginas 107 y 110.

*
* *

Contrapuesta y Réplica a una Recomendación del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia, Tendiente a Reformar el Artículo 111 del Código de Familia.

PONENCIA

Ponente: *Dr. Gerardo Trejos.*

El nombre patronímico posee indudablemente un sentido que lo aproxima al concepto de estado de familia, pues constituye el signo exterior distinto de la cualidad del estado de las personas que

resulta de la filiación. "En atención a este aspecto —como bien señala José Alberto Rodríguez, Profesor Adjunto de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid—⁽¹⁾, el nombre del adoptado en cuanto se conforme por los apellidos del adoptante o adoptantes, es el primero y tímido intento legislativo de aproximar el contenido de la relación adoptiva al de la relación de jubilación legítima.

El artículo 111 del Código de Familia señala que "el adoptado usará los apellidos del adoptante". La interpretación estricta de esta norma ha dado lugar a situaciones —justo es reconocerlo— inconvenientes. Así, por ejemplo, si en un matrimonio se ha procreado un hijo, y luego se produce la disolución del vínculo matrimonial, o bien la mujer enviuda y luego contrae segundas nupcias, y desea, más tarde, unificar los apellidos de los hijos del primero y segundo matrimonio, la interpretación literal del artículo 111 de que hablábamos anteriormente, veda tal posibilidad, pues al adoptar el segundo cónyuge al hijo habido en primer matrimonio, éste pierde el apellido de la madre puesto que el menor deberá llevar los dos apellidos del adoptante.

Tan estricta interpretación del artículo 111 conduce a situaciones aún más absurdas, que sus críticos no han señalado. Así, por ejemplo, cuando una mujer adopta los hijos que su marido lleva al matrimonio, éstos adquirirán los apellidos de la madre adoptiva y perderán los de su progenitor.

La misma situación se ha producido en el Derecho Español, donde en los supuestos de adopción del hijo extramatrimonial reconocido, al hijo de matrimonio y del hijo adoptivo del otro cónyuge, caso de que la adopción sea conjunta, quien adopta transmite sus apellidos al adoptado, el cual pierde los que hasta el momento tenía como propios.

Para solucionar este mal se han propuesto remedios de curandero, de conformidad con los cuales resulta peor la medicina que la enfermedad. Así por ejemplo, el Licenciado Adán García Céspedes, en un proyecto de Ley que lleva el N° 7263, publicado en el Alcance a La Gaceta N° 117 de fecha 22 de julio de 1975, propone que se modifique el artículo 111 del Código de Familia para que en adelante se lea así:

"El adoptado usará los dos apellidos del adoptante, si éste fuere soltero, viudo o divorciado. Si fuere casado, usará el primer apellido del marido y, a continuación, el primer apellido de la esposa. En el caso de adopción conjunta, usará como primer apellido el primero de la adoptante. Si el Tribunal lo autorizare, podrá en la misma escritura cambiarse el nombre de pila del adoptado".

(1) En su obra "La Persona Adoptada", Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1973, pág. 60.

Esta misma solución es la que propone el Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia.

La solución propuesta es descabellada y nos hace retroceder al sistema vigente antes de la promulgación del Código de Familia. En efecto, la Ley de Adopción de 1934 había dictado las primeras normas sobre el apellido de las personas adoptadas al disponer que el menor adoptado debería usar el apellido del adoptante anteponiéndolo al de sus padres consanguíneos (artículo 14). La reforma de 1953, mediante Ley 1.563 de ese año, dispuso que el adoptado usaría los apellidos del adoptante si éste fuere soltero, viudo o divorciado, y si éste fuere casado, el primer apellido del marido y a continuación el de la esposa.

El proyecto original del Código de Familia mantuvo sobre este particular las disposiciones de las reformas de 1953, a pesar de que eran deficientes, puesto que se obligaba al adoptado a usar los apellidos de una persona (la esposa del adoptante) que no tenía vínculo de parentesco con él.

Este absurdo jurídico, en el que ahora quieren reincidir don Adán García y el Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia, lo habíamos criticado en las "Observaciones al Proyecto de Código de Familia", que nos permitimos presentar en 1972 a la Asamblea Legislativa⁽²⁾, por su parte el Lic. Carlos José Gutiérrez⁽³⁾, en una oportuna intervención en el seno de la Comisión Redactora del Proyecto del Código de Familia, señaló la anomalía consistente en que el adoptado usara, tal y como lo mandaba la legislación derogada y el proyecto en el artículo 100, el apellido de una persona que no había adoptado (que era, simplemente, la esposa del adoptante) y que por consiguiente no tenía ningún vínculo con el menor adoptado⁽⁴⁾.

Por todo lo antes expuesto, proponemos al Congreso Jurídico no aceptar la propuesta del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia, y en su lugar dirigirse a la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa para que rechace el proyecto de don Adán García Céspedes.

Proponemos además, que se sugiera a la Asamblea Legislativa sustituir el artículo 111 del Código de Familia vigente por el texto siguiente, que vendrá a solucionar las críticas que se han apuntado al texto en vigor:

(2) Vid. Gerardo Trejos S. "Observaciones al Proyecto de Código de Familia" —Asamblea Legislativa— 1972, págs. 34-40.

(3) Vid. Comisión Redactora, Acta N° 92 Pág. 1.

(4) Recuérdese que los casos a que nos estamos refiriendo no son supuestos de adopción conjunta.

"Artículo 111.—El adoptado usará los apellidos del adoptante. En el caso de adopción conjunta, usará como primer apellido el primero del adoptante y como segundo el primer apellido de la adoptante.

En caso de que un consorte adoptare al hijo de su cónyuge, el adoptado usará como primer apellido del adoptante o padre consanguíneo y conservará como segundo apellido el primer apellido de la madre consanguínea o adoptiva. Si el Tribunal lo autorizare, podrá en la misma escritura cambiarse el nombre de pila del adoptado".

*
* *

Réplica a una Recomendación del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia, tendiente a reformar el Código de Familia para que el adoptado plenamente pueda, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, impugnar la adopción.

Ponente: *Dr. Gerardo Trejos.*

Introducción.—

La propuesta del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia se apoya en la sorprendente afirmación de que el artículo 126 del Código de Familia es —según ellos— contrario al artículo 53 de la Constitución Política, que establece el derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley.

Para rebatir tan peregrina idea haremos en primer lugar algunas referencias a la idea general de parentesco adoptivo en los textos legales de Derecho Comparado, para pasar luego a examinar la tesis de la inconstitucionalidad en relación con nuestro ordenamiento jurídico.

a) Idea general de parentesco adoptivo en los textos legales de Derecho Comparado.

Muchos países que consagran en sus constituciones el derecho de todo hijo a saber quiénes son sus padres o que han ratificado tratados internacionales que contienen una norma similar, consagran la inimpugnabilidad de la adopción plena.

El artículo 356 del Código Civil de Francia confiere al menos una filiación que sustituye a la filiación de origen: el adoptado deja de pertenecer a su familia por la sangre; los ascendientes del

adoptado, convertidos en verdaderos extraños, no podrán incluso ni ejecutar un derecho de visita sobre él. El adoptado, como bien señala Carbonnier⁽¹⁾ se introduce en su nueva familia, "en la que se encuentra como si hubiera nacido del matrimonio de los adoptantes, pero el caso de adopción conjunta, o en el caso de una adopción individual, de manera más insólita, como si, hijo natural, hubiera sido objeto de una adopción por rescripto". El artículo 359 del Código Civil Francés consagra la irrevocabilidad e inimpugnabilidad de la adopción plena.

Lo propio sucede en el derecho belga, y en muchos ordenamientos jurídicos, cuya finalidad es, según nos dice Vieujen,⁽²⁾ "copiar punto por punto los efectos de la legitimación por subsiguiente matrimonio. El adoptado es hijo legítimo de los esposos que le legitimen por adopción, pariente de sus parientes, afín de sus afines, con todas las obligaciones que estos vínculos suponen, particularmente en tema de derechos sucesorios y de alimentos. En el Derecho Italiano la adopción es especial, sólo puede ser revocada por alguno de los motivos que permiten la revocación de las sentencias en grado de apelación o en único grado (art. 314-27, Párr. 1). Esos motivos son: 1) solamente de una de las partes en daño de la otra. 2) Si el Tribunal ha sentenciado sobre la base de pruebas reconocidas o declaradas falsas después de la sentencia, o que la parte perjudicada ignoraba haber sido reconocidas o declaradas como tales antes de la sentencia; y 3) Si la sentencia es efecto del dolo del Juez (art. 399, números 1, 2 y 6 del Código de Procedimiento Civil).

En Portugal (artículo 1.986 del Código Civil) la adopción plena es, en principio, irrevocable. Sólo puede revisarse la sentencia que ha decretado la adopción cuando se cumplen *acumulativamente*, una serie de circunstancias que el mismo artículo 1.986 señala.

El artículo 177 del Código Civil de España, reformado por la ley de 4 de julio de 1974, declara que la adopción es irrevocable.

b) La presunta inconstitucionalidad del artículo 126 del Código de Familia.

Conforme a la pintoresca tesis de la inconstitucionalidad del artículo 126 del Código de Familia (si se puede llamar tesis a una ofuscación contraria a los más elementales principios y nociones del derecho de familia y el sentido común, y que sólo puede servir para poner en evidencia a quien se atreva a propugnarla), el Código de Familia impone a una persona (el adoptado) una condición civil que tendrá que soportar contra su propia voluntad y aun cuando en el

(1) Vid. *Droit Civil*, tomo 11, 8 ed., página 296.

(2) En *Crónica del Derecho Belga*. Revista trimestral de Derecho Civil Núm. 4. 1969, página 909.

transcurso del tiempo posterior a la adopción ocurran situaciones que hagan imperiosa (sic) para esa persona buscar su filiación natural. . .”.

La norma contenida en el artículo 126 del Código de Familia no es inconstitucional por múltiples razones. En primer término, cuando el artículo 53 de la Constitución Política emplea la palabra “padres” no se refiere únicamente a los padres consanguíneos sino también a los adoptivos, puesto que el parentesco y, por consiguiente la paternidad, es un vínculo que liga a unas personas con otras, vínculo que pudiendo proceder de diferentes causas —y no solo de causas biológicas— da origen a distintas clases de parentesco⁽³⁾.

No vemos por qué razón sea inconstitucional declarar irrevocable la adopción plena, al igual que muchas legislaciones extranjeras. En el fondo lo que aducen los señores miembros del Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia es un dato biológico (la sangre).

El razonamiento de los distinguidos colegas del Patronato antepone consideraciones biológicas a valoraciones éticas. Olvida un elemento esencial en el fenómeno de la paternidad: El amor y las preocupaciones paternas, dato básico inclusive para el análisis de la paternidad consanguínea.

Los padres del menor adoptado plenamente son sus adoptantes. Por ello no alcanzamos a ver qué tenga que ver en este asunto la norma constitucional que concede a todo hijo el derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley. A no ser —y pedimos excusas por adelantado si ese es el caso— que el Departamento Legal se refiere a una reforma constitucional, que desconocemos, que haya instaurado en Costa Rica un originalísimo juicio de investigación de paternidad adoptiva.

*
* *

PONENCIA

Propuesta de modificación a la recomendación presentada por el Licenciado Carlos José Gutiérrez.

Ponente: *Dr. Gerardo Trejos.*

El objeto de esta propuesta es agregar dos considerandos más a la recomendación del Licenciado Gutiérrez, y sustituir el *acuerdo* por el contenido en este documento:

(3) Noción que puede ser consultada en cualquier manual de Derecho Civil.

V. Que es también necesario mejorar nuestro Derecho Procesal Civil para hacer realidad el principio constitucional que concede a toda persona el derecho de obtener justicia pronta y cumplida.

VI. Que modernamente la elaboración de Códigos y Leyes importantes se confía a un solo especialista, para que le de al Código la unidad de orientación y de estilo.

Esto es lo que han hecho, entre muchos otros países, Francia, quien encomendó al Decano Jean Carbounier la revisión del Libro I del Código Civil; Suiza, quien encargó a un eminente Jurisconsulto, el profesor Eugenio Huber, preparar un proyecto que se convirtió en el Código Civil Suizo; Holanda, quien confió a uno de los civilistas de mejor reputación, el profesor Meijers, la tarea de elaborar un anteproyecto de revisión del Código de 1838; en el siglo pasado Chile confió a Andrés Bello la elaboración de un Código Civil y en el presente siglo Líbano encargó al Profesor Jossierand la elaboración de un Código Civil; Etiopía al profesor René David, y Egipto al Doctor Sanobri.

En el campo procesal ha sucedido exactamente lo mismo. En 1937, el Ejecutivo de la Provincia de Córdoba comisionó al Profesor Alfredo Vélez Mariconde para que elaborase un Código Procesal Penal con destino a la misma. El código en cuestión que sirvió de modelo para nuestro nuevo Código ha sido *reconocido por los especialistas como el mejor de su clase en América*. En la esfera del procedimiento civil merece señalarse el Código Procesal Civil de Mendoza, debido a J. Ramiro Podetti, sancionado en 1953 y vigente desde el 11 de febrero de 1954, el cual se basa en el proyecto que el propio autor compuso en 1949 para la capital y justicia federales.

Francisco Klein, Ministro de Justicia y Profesor de la Universidad de Viena, padre de la moderna oralidad, es el autor de legislación procesal de su país, calificada por muchos autores como la mejor del Continente europeo.

El gobierno boliviano encomendó en 1941 a dos exiliados españoles la renovación de sus códigos civiles y penales, tanto substantivos como adjetivos. A don Angel Ossorio Gallardo, el insigne abogado, le encargó redactar la Ley de organización judicial, el código civil y el procesal civil: dio cima a los anteproyectos correspondientes a la primera y al segundo e ignoro en qué estado dejase el del tercero al fallecer en 1946. A su vez, a Manuel López-Rey y Arrojo, catedrático de Derecho Penal, se le asignó la tarea de componer el código penal y el de menores.

La importante ley española de la jurisdicción contencioso administrativa de 27 de diciembre de 1956, se debe al Profesor Jesús González Pérez.

El 14 de setiembre de 1963, en Guatemala, se promulgó el nuevo Código Procesal Civil, vigente desde el 1 de julio de 1964, y que

sustituyó al de "Enjuiciamiento civil y mercantil" de 1934. Redactado principalmente por el profesor Mario Aguirre Godoy.

En México se encargó la redacción del Código Federal de Procedimientos Civiles, al Profesor Adolfo Maldonado (Código vigente a partir del 27 de marzo de 1943, basado en el que el mismo autor redactó en 1934 para el Estado de Guanajuato).

En Portugal se encomendó al Profesor José Alberto Dos Reis la elaboración de un Código Procesal Civil, en vigor desde el 1 de octubre de 1935.

En Uruguay se encomendó al Profesor Eduardo J. Couture la elaboración de un proyecto de código de Procedimientos Civiles, construido según la mejor técnica legislativa, según dicen los entendidos en esta materia.

Podríamos seguir dando ejemplos para demostrar los mejores Códigos, en todos los continentes, han sido elaborados por un solo especialista, altamente calificado en la materia de que se trata, y no por vastas comisiones. Pero los ejemplos que hemos dado son suficientes para demostrar la verdad de nuestro acerto.

Por todo lo expresado anteriormente proponemos desechar la parte resolutive de la propuesta del Lic. Carlos José Gutiérrez y colocar, en su lugar, la siguiente:

El Congreso Jurídico Nacional, Acuerda:

Instar a la Corte Suprema de Justicia y a la Asamblea Legislativa para que se aumente el presupuesto de aquélla para el año 1976, con una partida que permita al Poder Judicial contratar los servicios de un procesalista de reconocida competencia, para que elabore un proyecto de Código Procesal Civil y los Libros II y III del Código de Familia dedicados, respectivamente, al procedimiento administrativo y judicial en materia de familia.

Dicho proyecto, antes de ser presentado a la Asamblea Legislativa, deberá ser sometido a conocimiento del Colegio de Abogados, de la Corte Suprema de Justicia y de la Facultad de Derecho, para que estas instituciones formulen las observaciones pertinentes.

El procesalista encargado de esta tarea deberá elaborar también un texto explicativo del Código —una vez aprobado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica— que sirva como obra básica de consulta para estudiantes y abogados costarricenses.

Ofrecer al procesalista que se encargue de la elaboración del proyecto la colaboración del Colegio de Abogados para realizar esas tareas.

*
* *

Contrapropuesta y réplica a una sugerencia tendiente a reformar el artículo 106 de la Constitución Política a fin de elegir los diputados por distritos electorales.

Ponente: Dr. Gerardo Trejos.

Introducción.—

A partir del momento en que los gobiernos democráticos son considerados como los únicos verdaderamente legítimos, ha sido necesario encontrar procedimientos que permitan a los gobernados participar en la toma de decisiones políticas. Por consiguiente, las reformas a los sistemas electorales, presentan, entre otros, el siguiente problema técnico: se trata, esencialmente, de encontrar las fórmulas que hagan perfecta la representación de los gobernados en el seno de los órganos del Estado, y que los asimilen a los gobernantes.

Tres respuestas han sido dadas, básicamente, para la solución de ese problema: el escrutinio proporcional por medio de listas electorales, el escrutinio mayoritario por medio de distritos electorales y los sistemas electorales mixtos.

A) *El escrutinio proporcional por medio de listas*

Este sistema tiene, además de los inconvenientes que señala en su ponencia el señor Manuel Ventura, la desventaja de que las listas electorales son elaboradas por los dirigentes de los partidos políticos, quienes las utilizan para promover a sus favoritos —o favoritas— colocándolas a la cabeza de las listas.

Más en favor de la representación proporcional se puede, en primer término, avanzar un argumento de equidad: es absolutamente cierto que cuando el número de "curules" obtenidas por los diferentes partidos es proporcional a su fuerza electoral, su representación proporcional atribuye a cada partido un número de mandatos proporcional a su fuerza numérica.

B) *El escrutinio mayoritario por medio de distritos electorales*

Se trata de un modo de escrutinio de conformidad con el cual el candidato que obtiene el mayor número de votos sale electo.

Tiene la ventaja de un mejor conocimiento de los candidatos por los electores, quienes verdaderamente eligen a sus representantes.

Sin embargo, el escrutinio mayoritario es injusto y, a menudo, inmoral. Resulta, además excesivamente oneroso.

Veamos un ejemplo sacado no de mi fantasía sino de la realidad. En Francia en una elección de diputados en tres circunscripciones que llamaremos A, B y C, se presentaron dos partidos políticos, uno de derecha y otro de izquierda y obtuvieron los siguientes resultados:

PARTIDOS	CIRCUNSCRIPCIONES			RESULTADOS
	A	B	C	
Derecha	30.000	5.000	20.000	2 Diputados
Izquierda	5.000	60.000	10.000	1 Diputado

El partido de derecho obtuvo, por consiguiente, dos diputados, con un total de 55.000 votos y el partido de izquierda eligió un solo diputado con un total de 75.000 votos.

Puede suceder, por consiguiente, que un partido electoralmente mayoritario, obtenga un menor número de diputados. Esto fue lo que ocurrió en Gran Bretaña en 1951, fecha en que el Partido Laborista, con el 48.8% del total de sufragios eligió únicamente 295 diputados, mientras que el Partido Conservador, con el 48% de los sufragios obtuvo 321 diputados.

En 1954 en Turquía, donde también existe el escrutinio por distrito Electoral, el Partido Demócrata obtuvo el 93% de las "curules" con el 58% de los sufragios.

La elección de diputados por distritos electorales propicia el bipartidismo y tiende a eliminar a los partidos pequeños, especialmente a los grupos de izquierda. Es por lo tanto un sistema anti-democrático y peligroso. Si ese es el sistema que recomienda el señor Ventura Robles para la elección de todos los diputados, considero descabellado que el Congreso Jurídico Nacional recomiende una reforma en ese sentido al artículo 106 de la Constitución Política.

C) *El sistema mixto*

Como una alternativa a la propuesta del Lic. Manuel Ventura me permito someter al Congreso Jurídico Nacional una idea que semanas atrás expuse al Diputado Juan José Echeverría, quien la acogió con entusiasmo y la expuso por medio de la prensa. El es además, coautor de la idea.

El sistema que proponemos, —que, según me informaron recientemente, se practica en Puerto Rico—, pretende aprovechar las ventajas de los sistemas de escrutinio mayoritario y de distrito electoral, y paliar sus inconvenientes.

Nuestra idea —que fue apoyada por el periódico Excelsior en un editorial publicado el 20 de agosto del año en curso— tiende a

que un grupo de diputados sean electos mediante el sistema de distrito o circunscripción electoral, y otros mediante una papeleta de carácter nacional. Los primeros diputados serían electos mediante escrutinios mayoritarios; los segundos mediante escrutinio proporcional. Para tal efecto se computarían los votos que obtenga cada partido en cada circunscripción electoral.

De esta manera se lograría un equilibrio entre los intereses populares y los intereses técnicos, necesarios en todo cuerpo legislativo.

Este sistema tiene la indiscutible ventaja de no eliminar a los partidos pequeños. En efecto, el Partido que no elija diputados en los distritos electorales, puede perfectamente elegir algún diputado de su lista nacional, mediante el sistema de cocientes, subcocientes que se aplican en Costa Rica en el escrutinio proporcional.

En un principio habíamos pensado —cifra tentativa— que treinta y cinco diputados podrían ser electos por treinta y cinco circunscripciones y veintisiete mediante la lista nacional. Posteriormente, y con el objeto de dar a uno todavía mayores posibilidades a los partidos pequeños, he llegado a la conclusión de que el ideal sería elegir solamente treinta diputados mediante el sistema de distritos electorales, y veintisiete por lista nacional. En efecto, con un padrón electoral de cerca de un millón de electores, distribuidos entre veintisiete diputados, se obtendría un cociente ligeramente superior a los treinta y cinco mil votos, cifra bastante baja si se tiene en cuenta el total de electores.

*
* *

*Comentario a la ponencia presentada por el Patronato
y perspectivas de modificación de la misma.*

Ponente: *Dr. Víctor Pérez.*

Con relación a la ponencia presentada por el Departamento Legal del Patronato Nacional de la Infancia (al Congreso Jurídico Nacional), tanto la buena lógica, como el valor de las inquietudes presentadas (en cuanto ellas encuentran firme apoyo en la experiencia diaria), imponen algunas consideraciones.

En cuanto a la primera ponencia:

Lo que en ella se ataca básicamente es el carácter genérico de la disposición "el adoptado usará los apellidos del adoptante". Frente a una disposición así, la experiencia del Patronato diaria recuerda casos concretos que *parecen* escapar tendencialmente a la regla; es el caso —en particular— de que uno de los cónyuges adopte hijos del otro.

Frente a esta expresión de la diaria experiencia, varias son las alternativas:

Pensar en la solución jurídica del problema (y no su solución meramente legal) para luego ver si guarda relación de conformidad con la forma de las normas.

No parece existir discusión acerca de que la solución jurídica en este caso es, evidentemente, la de que "Si el adoptante fuere casado, el adoptado usará el primer apellido del marido y a continuación el primer apellido de su esposa —pero debe aclararse, y no lo hace la ponencia al hacer la nueva formulación posible para el artículo 111 que— ello será así, en el caso de que uno de los cónyuges adopta los hijos de su consorte (lo que fue precisamente el punto de partida del razonamiento. Extrañamente no se formula en la propuesta de reforma legal).

En síntesis, caso de acogerse la proposición del Departamento Legal del Patronato, creo que los mismos redactores estarían de acuerdo en esta aclaración que debe constar en la expresión, en la forma, de la ley.

Otra alternativa que se nos presenta frente al anunciado que existe en el actual Código de Familia de que "el adoptado usará los apellidos del adoptante" es la siguiente: La disposición en examen tiene carácter genérico. Cubre las distintas hipótesis de la teoría jurídica del nombre. La materia relativa al nombre de las personas ha adquirido tutela jurídica debido al hecho de que presenta una relevancia jurídica que por razones de "interés de la comunidad" se destaca de la relevancia normal de los actos de autonomía privada. Este interés de la comunidad es esencialmente de seguridad y de justicia con coincidentes valoraciones de aceptación, en cuanto a ambos ideales (aunque no sé si de contenido variable o de esencia inmutable), en materia de regulación jurídica del nombre, han obtenido un mecanismo jurídico de tendencial realización. Pues bien, lo relativo al apellido del adoptado (como lo relativo al apellido de cualquier sujeto de derecho) es necesario, lógicamente, según lo dicho, que esté regulado por normas inderogables que impongan la solución aceptada como "jurídica" y por ello convertida en norma legal (aunque lo mismo se aplica a normas de cualquier rango).

La referida solución jurídica del problema puede encontrarse acudiendo a los principios generales obtenidos por generalización creciente de las normas jurídicas que son de carácter fundamental (en cuanto contienen principios) en materia familiar. Tales principios fueron formalizados en la misma letra de la ley, según el Art. 2º del Código de Familia que dice: "La unidad de la familia, al interés de los hijos, el de los menores y la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, han de ser los principios fundamentales (se entiende que en ningún caso sobre principios de rango constitucional) para la aplicación e interpretación de este Código".

La solución propuesta por los compañeros del Departamento Legal del Patronato es conforme con las directivas de nuestro sistema

jurídico familiar; favorece la unidad de la familia en cuanto elimina discriminaciones internas derivadas de simples razones de denominación, de apellidos; favorece también al segundo valor formalizado en la disposición en examen: el interés de los hijos, interés que resulta favorecido por el hecho de común apellido; y finalmente, favorece la igualdad conyugal, en cuanto los apellidos corresponde a la normalidad (tal normalidad es la de que los niños que viven con una pareja normalmente llevan los apellidos del señor y la señora con quienes viven, lo cual es una observación elemental de nuestra realidad). La igualdad radica, pues, en este caso, en lo que los psiquiatras podrían considerar un instinto, o una tendencia obtenida de comportamientos anteriores, o de complejos sexuales, etc.: radica en un sentimiento (que hasta en este caso límite se demuestra) de propiedad y más que de propiedad, de apoderamiento del hombre dentro de su medio. Sentimiento, que tutela al Derecho... (este es un ejemplo de "ciertos" tipos de cosas que tutelan el derecho, al menos, el positivo). En síntesis se justifica igualmente para el hombre como para la mujer el apoderamiento (de un ancla de continuidad del ser) de sus hijos, por medio de la imposición de su propio apellido). Bueno, pero, dado que estos son los valores de nuestro sistema la técnica jurídica permite, sin embargo, trabajar con ellos; desde este punto de vista la propuesta presentada que estamos analizando es correcta y merece aprobación.

Un último punto queda por examinar respecto a la concreta propuesta:

Es el relativo a si la solución propuesta no está ya contenido en nuestro Código (caso en el cual no hay ninguna necesidad de cambiar el respectivo artículo).

Veamos:

Expresa la norma: "El adoptado usará los apellidos del adoptante. En el caso de adopción conjunta usará como primer apellido el primero del adoptante y como segundo, el primer apellido de la adoptante".

Mi criterio es: "El caso en que uno de los cónyuges adopta a los hijos de su consorte, es un caso de adopción conjunta y en materia de apellidos se regula por las reglas que en éste rigen".

Propongo en concreto que se recomiende la adición al artículo 111 en los términos referidos.

En cuanto a la segunda ponencia:

La adopción plena está equiparada en nuestro sistema con la paternidad, en cuanto según al texto correspondiente del Código de Familia "crea los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres

con los hijos" . . . "además los adoptados entrarán a formar parte de las familias consanguíneas para todo efecto".

Pero se podrán referir a esta hipótesis también los efectos relativos a la impugnación de paternidad (concretamente el derecho para impugnar la paternidad).

A mi juicio tienen razón los miembros del Departamento Legal del Patronato en cuanto a que la adopción deben entenderse los principios generales de la paternidad (por supuesto principalmente si la adopción es plena) sin embargo, la extensión de principios debe hacerse de conformidad con las circunstancias (un problema análogo se presenta por cierto en materia de posibilidad —o de imposibilidad— de impugnación de la paternidad del que ha sido concebido mediante inseminación artificial, máxime con la existencia de la prueba de sangre). A mi juicio, a este caso la aplicación extensiva para efectos de legislación coherente, debe hacerse pero también *deben determinante sus presupuestos de hecho con claridad*. Evidentemente, los presupuestos de hecho de la adopción plena, de la paternidad mediante inseminación artificial y los de la paternidad legal son distintos, a pesar de la valoración común en que todos resultan comprendidos, y por ello, distinta ha de ser la solución que a ellos se dé.

Invito por este motivo a los compañeros de comisión a analizar el problema de la aplicación extensiva de los principios que rigen la paternidad con relación al tema de la adopción plena.

En este sentido acepto como correcta la moción planteada "que le permita al adoptado, dentro de los dos años siguientes a su mayoría de edad, impugnar su adopción" pero, ello no basta.

Y aquí de nuevo tiene eco la moción del Lic. Gutiérrez:

Es necesaria la regulación de los mecanismos procesales para la agilización del Código de Familia.

Es necesario, concretamente, que sea regulado el procedimiento para la adopción plena, sus presupuestos procesales y sustanciales, su recurribilidad, sus términos, etc. mientras ello así no se haga, la proposición del Departamento Legal del Patronato no podrá tener efectividad.

Invito en este sentido a los compañeros a examinar la problemática procesal; al menos, los puntos indispensables para ampliar con alguna esperanza de efectividad la idea propuesta.

En cuanto a la tercera ponencia:

Frente a la ponencia podemos realizar algunas consideraciones. No es acaso el interés de los menores uno de los principios de nuestra legislación familiar, tal como lo hemos examinado? ¿Por qué limitar el derecho a recurrir en este caso? La razón es simple: La lógica de los hechos señala los pasos del conflicto de patria potestad; de

paso, nos señala los sujetos del conflicto. Si a ellas agregamos el representante de la comunidad en la materia (El Patronato de la Infancia) parece claro que son partes (con lo que ello significa en materia de recursos) el otro sujeto del conflicto y el Patronato. La solución propuesta en la ponencia es, desde este punto de vista, correcto. Las razones en que se fundan son coherentes con los postulados de nuestro sistema jurídico familiar. La analogía con el artículo 139 es correcto.

Lo expuesto hasta aquí ya nos revela algo: *Falta una regulación procesal de la materia familiar*.

El estudio que hagamos en la comisión puede resolver algunos de los problemas procesales que nos presentan los compañeros del Patronato; sin embargo, será siempre poco en relación con un estudio serio (y con ello quiero decir también que sea estable, continuado y, por supuesto, financiado) como el que propone el Lic. Gutiérrez. Por ello, si insistimos en la tesis del Lic. Gutiérrez, podremos esperar más. La poca disponibilidad cronológica en un Congreso, no nos impide, sin embargo plantearnos en estos días problemas procesales concretos, que sin duda serán factores fuertemente condicionantes del trabajo posterior de la comisión para la preparación de un Código Procesal Familiar.

*
* *

PONENCIA

Análisis de varias ponencias de la Comisión de Igualdad ante la Ley.

Ponente: *Dr. Víctor Pérez*

En cuanto a los distritos electorales:

La ponencia del Lic. Ventura nos presenta otra de las contradicciones entre forma y substancia operativa de nuestro sistema.

La situación de hecho que nos presenta como antijurídico es, en síntesis, la existencia en Costa Rica de una geografía electoral, tan marcada que, según se demuestra solamente ciertas áreas geográficas eligen representantes, lo que es incoherente respecto a los principios que rigen un sistema democrático (como pretende serlo el nuestro).

Creo que el hecho planteado es innegable y la contradicción que el mismo revela es manifiesta. Tenemos conciencia, gracias al estudio del Lic. Ventura de la significación del problema.

Tal como quedó demostrado ayer con la participación de todos la verdadera actividad jurídica es la de buscar soluciones a los problemas de la vida social. El hecho que nos demuestra el señor Ven-

tura es, como se ha visto, un problema que exige al jurista una solución a esta Comisión.

Se trata pues de buscar la solución.

Existen varias alternativas posibles.

Se nos propone en la ponencia recomendar la reforma del artículo 106 de la Constitución Política. Se nos propone también recomendar la creación de un distrito electoral.

Veamos separadamente las dos proposiciones:

En cuanto a que se reforme el artículo 106 de la Constitución Política me parece encontrar una pequeña contradicción en el razonamiento; sigamos los pasos del mismo:

Según el Lic. Ventura: (copio textualmente): "este párrafo estatuye que los diputados serán elegidos por provincias. Pero la realidad es otra". Esta afirmación ya nos hace ver una cosa: que lo que anda mal es la realidad, esto es, el hecho de que en la práctica el diputado costarricense se elige por cantón. Existiendo contraste entre norma y realidad y siendo esta última la que en la práctica es antidemocrática es ésta última la que debe corregirse y no la norma constitucional. La corrección de la realidad puede hacerse mediante mecanismos que hagan efectivo el principio contenido en la Constitución (y por ello vigente sin necesidad de reformas) de que "Los diputados tienen ese carácter por la Nación". Esto es lo que se trata de hacer efectivo para evitar el peligro que nos hace ver la ponencia presentada de que: "la mayoría de los diputados en la realidad, son nombrados como representantes cantonales y (lo que creo grave) operan como tales.

En síntesis, la corrección de una práctica antijurídica (en este caso, en cuanto antidemocrática) debe hacerse mediante efectivos mecanismos de realización pero no mediante la reforma de la disposición constitucional que es precisamente el principio al cual quiere darse efectividad.

En cuanto a la creación de un distrito electoral como único medio de que se generalice realmente la representación política a nivel legislativo a todo el territorio nacional y se acabe con la discriminación que actualmente existe), debo manifestar que comparto el ideal que la anima (que se generalice realmente la representación política) pero no tengo claro el mecanismo de funcionamiento de este distrito electoral; por ejemplo en lo relativo a su delimitación (o serán los actuales distritos?).

La expresión "distrito electoral" puede pensarse que la ponencia pretende que los diputados sean elegidos por los representantes distritales y dentro de estos cuerpos. Puede también pensarse en el sentido de que cada distrito elija un diputado (independientemente

de su composición numérica interna), caso en el cual se democratizaría el proceso pero se aumentaría el número de los diputados. Contra esto último no tengo objeción. Si alguna significación política puede tener la delimitación distrital, cada una de estas unidades debe tener posibilidades de tener voz en el cuerpo legislativo. El proceso se justificaría porque daría como resultado una mayor participación popular en la Asamblea Legislativa (y no solamente la de ciertos sectores de "cierto nivel". Todo ello implicará una serie de problemas conexos de muy diversa índole (financieros, de mecanismos de debate, de modos de elección, etc.). Un proceso del género tendría tal vez también algunos aspectos negativos (?) favorecería el caudillismo en cuanto se produciría necesariamente su proliferación (del cantón al distrito) y la misma idea de ser elegido por el distrito condicionaría mentalmente la actitud del representante alejándolo del principio Constitucional de que "Los diputados tienen ese carácter por la Nación".

El mecanismo de efectividad del principio constitucional debe buscarse a nivel nacional y no a nivel distrital pues ello acentuaría los valores particulares de cada circunscripción geográfica haciendo olvidar a los intereses nacionales.

Creo que debe darse solución al problema que plantea la ponencia en examen, pero no me parece coherente la situación de hecho presentada con las soluciones propuestas. Creo que es posible pensar en otros mecanismos de representación que no dependan de razones geográficas. Si ahora tenemos una geografía política cantonal del país (en cuanto que sólo ciertos cantones eligen diputados), luego tendríamos una desintegración geográfica del país en intereses parciales (de distritos) que individualmente tratarían de imponerse a los intereses de la misma comunidad en caso de contraste.

¿No se podría pensar en otras formas distintas? En particular si entendemos políticamente el distrito como centro de intereses políticos comunes; hay otros centros de intereses políticos comunes (ya la Edad Media nos lo demostró con la existencia de los gremios).

Creo que nuestra misión aquí es la de recomendar básicamente lo siguiente:

Que la Asamblea Legislativa (o el Tribunal de Elecciones, o el cuerpo conveniente) estudie la forma de hacer efectivo el principio constitucional de que "Los diputados tienen ese carácter por la Nación".

Se trata de buscar cuáles son los "centros sociales de intereses políticos comunes" que corresponden a la realidad de la Costa Rica de nuestros días. Una vez conocidos, se trata simplemente de darles representación legislativa. No creo que tales centros políticos de intereses comunes sean de nuestro medio los distritos. La verdadera fuerza política se encuentra en los grupos de presión sociales, religiosos, económicos, etc.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

En cuanto a las ponencias relativas a la participación de las mujeres en el Poder Legislativo y en las Municipalidades puede hablarse separadamente, sin embargo, dado que el problema que plantean es único y la solución en ambos casos es idéntica, lo que se diga de una de ellas es referible igualmente a la otra.

Estructuralmente analizadas las referidas ponencias nos presentan una situación de hecho que es la siguiente: "en los cuerpos representativos —legislativos y municipales— la mujer siempre se ha encontrado en desigualdad numérica".

Se pretende con las ponencias que este hecho implica una des aplicación efectiva del principio de igualdad ante la ley. Se dice en ellas precisamente que "la situación de facto no marcha al lado de la iura".

El principio de igualdad significa que, en lo que nos interesa, que las normas positivas no pueden hacer distinciones entre hombres y mujeres, entre indios y blancos, entre católicos y miembros de otras creencias. A todos, por el hecho de ser sujetos de derecho está potencialmente atribuida la posibilidad genérica de ser destinatario de los intereses tutelados por el sistema. Ello se realiza eliminando los obstáculos que de hecho impiden tal igualdad.

De hecho tal posibilidad existe en nuestro sistema con relación a la ocupación de puestos políticos. Lo que ha ocurrido es que por razones sociales en los cuerpos representativos se ha producido la preponderancia numérica de alguna de las categorías (en el caso concreto la preponderancia numérica masculina).

Ello depende de un proceso —en curso todavía— de incorporación de la mujer a la vida del país. Proceso que, depende de una mentalidad generalizada "machista" que lo obstaculiza. Este es precisamente el punto a combatir. La incorporación de la mujer a la vida social deriva del avance en este proceso, de lo que denominé Egenori incorporación en la actividad laboral y educativa.

Ahora bien, estando de acuerdo en este sentido en la desigualdad de hecho (en cuanto desigualdad cuantitativa) no creo que la solución se encuentre en una formalización de igual composición cuantitativa desde el punto de vista sexual de los cuerpos representativos.

La lógica contenida en la ponencia nos podría llevar a conclusiones que parecen absurdas: sería necesario determinar que también los otros criterios de igualdad (los raciales, los religiosos, los económicos) tienen que tener igual número de representantes en los cuerpos políticos. Siguiendo el mismo razonamiento sería necesario también recomendar que la Asamblea Legislativa o las municipalidades tienen que tener igual número de blancos y de indios, y del mismo modo, que tienen que tener igual número de católicos que de representantes de otras creencias, igual número de gente de clase rica, media y pobre, etc.

La desigualdad de hecho en la composición de mujeres y de hombres, de blancos e indios, de pobres y ricos, de católicos y de

otras ideas religiosas, depende del grado en que cada uno de estos sectores por razones de "mercado político" logre mayor representación. Pero ello es, necesariamente, de acuerdo a los postulados del sistema, un proceso libre en el que la participación está determinada por múltiples factores (carisma político, influencia personal, etc.).

El creciente número de mujeres en los cuerpos políticos en los últimos veinticinco años nos revela avances en el proceso, como también avances pequeños son observables con relación a los otros criterios de no discriminación (como el económico, religioso, racial).

Si la mujer, como lo creo personalmente, tiene igual capacidad política ello se irá imponiendo paulatinamente, de hecho.

No me parece correcta la propuesta de que haya necesariamente igual número de mujeres que hombres; y por qué no pensar también en el hecho (perfectamente posible) de que el proceso de participación de la mujer en la vida social lleve a la situación de que en un momento dado haya más mujeres que hombres (como nos cuenta Don Carlos José Gutiérrez que ocurrió en una de las comisiones de preparación del Código de Familia)? La "demanda" de hombres o mujeres, blancos o indios, católicos o acatólicos, etc. depende de las exigencias concretas del momento histórico y de los valores humanos que en ese momento adquieran relieve, sin interesar si son hombres o mujeres, si son blancos, o si son católicos. Serán estos valores humanos emergentes los que vayan determinando la composición numérica de los cuerpos políticos, en plano de igualdad de oportunidades. Estas son las razones de mi inconformidad con las ponencias examinadas.

RESPONSABILIDAD MEDICA

Ponencia preparada por las Licdas.:

Yolanda Mora
Angélica Cordero R.
Alicia Bogarín Parra

Aprobado en Sesión plenaria de 16 hrs. del 10 de Set. 1975 lo siguiente:

Primero: Observamos anteriormente que en el servicio privado no hay ninguna norma que obligue al médico a llevar a cabo una historia clínica, razón por la cual se hace necesario regular al respecto, en el sentido de que al médico que tenga consultorio privado, se le obligue a confeccionar una historia similar a la establecida en los hospitales. Se recomienda incluir la reforma en la Ley General de Salud.

Segundo: Siendo el historial clínico, la prueba básica por excelencia de la idoneidad del tratamiento efectuado al paciente, debe establecerse en todo hospital un comité de Auditorías Médicas, a fin de que sea éste el que vele porque todo médico cumpla con los requisitos de confección técnico-científicas de obligatoriedad. Asimismo todo hospital debe tener a su disposición un técnico en registros médicos, quien se encargará de asesorar al comité antes dicho.

Para coadyuvar el mejoramiento científico del personal médico de la institución, el comité conjuntamente con el técnico en Registros Médicos, llevará a cabo en forma obligatoria la auditoría médica en el sentido básico de calidad y eficacia del personal médico conforme se infiere del expediente clínico.

PONENCIA

El Organismo Contralor de la Responsabilidad Médica

Ponentes:

Licdas.

*Miriam Anchía de Rodríguez
Nivea González de Aguilar*

Aprobado en sesión de 16 horas del 10 de setiembre de 1975 lo que sigue:

Proposiciones

- 1.—Que el Poder Judicial fortalezca el Departamento de Medicina Legal:
 - a) estableciendo que la labor médico legal sea de dedicación exclusiva,
 - b) que se establezcan más plazas de médico residente para preparar el número de especialistas necesarios con el objeto de que a corto plazo existan, en las principales regiones del país, centros médicos forenses a cargo de especialistas del Poder Judicial, y no se depende de médicos generales y sin experiencia forense como sucede actualmente.
- 2.—Que en el Departamento de Medicina Legal se establezcan áreas especializadas de Medicina de Trabajo, Medicina de Tránsito y Traumatología Forense, enviando a especializarse a médicos que hayan completado su residencia básica de Medicina Legal.
- 3.—Que el manejo de los problemas de responsabilidad médica se haga a través del Departamento de Medicina Legal en los aspectos que concierne a la parte médica propiamente dicha. En

caso de ser objetado en dictamen conocerá un Consejo formado por los tres jefes de sección y dos especialistas rotativos de acuerdo con el asunto en discusión.

4.—(Rechazado.)

5.—Que debido al mérito a que se ha hecho acreedor el Departamento de Medicina Legal, se convierte en Instituto de Ciencias Forenses a nivel centroamericano, dando así oportunidad a que los países del Istmo se beneficien de nuestros avances, enviando a sus interesados a estudiar en él.

*
* *

PONENCIA

Reformas a los Artículos 189 y 323 del Reglamento General de Hospitales

Ponente: *Lic. Ricardo Harbottle.*

Aprobado en Sesión Plenaria de 16 horas del 10 de setiembre de 1975 lo que sigue:

Artículo 189 II: Tendrán acceso a las historias clínicas los profesionales en derecho que así lo soliciten y siempre que el paciente respectivo o sus representantes legales brinden su consentimiento por escrito. Para su estudio podrán hacerse acompañar de un médico de su elección.

Igual derecho tiene el abogado que representa a una institución hospitalaria o cualquier persona que pueda verse involucrada en un proceso que interese responsabilidad en el campo de la Medicina u Hospitalario.

Artículo 323, párrafo final: "El expediente clínico podrá ser revisado por un profesional en derecho cumpliendo con los mismos requisitos que para ello señala el artículo 189 de éste reglamento.

*
* *
* * *

PONENCIA

Ponente: *Lic. Mario Gólcher V.*

Aprobada en sesión plenaria a las 16 hrs. del 10 de setiembre de 1975.

Para que la obligación de permitir al abogado la investigación fuera de juicio de los expedientes o historial clínico de los hospitales, se haga extensiva también para los médicos en sus consultorios particulares, mediante la reforma pertinente, o la adición que proceda, en el articulado correspondiente del Código de Salud, donde también habrá de incorporarse la norma relativa al sistema hospitalario nacional, sin perjuicio de la reforma o adición a su Reglamento.

Agregado del Dr. Víctor Pérez

La negativa del médico en la entrega del historial será considerada como, presunción de responsabilidad del mismo (Aprobada).

*
* *
* * *

PONENCIA

CONSIDERANDO:

- 1) Para que el inciso 5) del artículo 14 del Código de Familia, se lea así: "Entre el autor, coautor instigador o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el excónyuge sobreviviente.

CONSIDERANDO:

- 2) Que en la Sección 11 del Título 111 del Código Penal, con el subtítulo de: Autores y Cómplices, se refiere ese cuerpo legal, en el artículo 45, a los "autores y coautores" del hecho punible; el artículo 47, a los "cómplices" del delito; y en artículo 46, al instigador, que es quien "intencionalmente determine a otro a cometer el hecho punible".

APROBADA EN SESION PLENARIA DE

CONSIDERANDO:

- 3) Que comparando lo que dice el Código de Familia, indicado en el Considerando 1), y lo dicho en el Considerando 2), vemos que hubo olvido en el primer cuerpo legal, al no incluir, entre las imposibilidades legales del matrimonio, al INSTIGADOR, que es tan responsable como el autor, el coautor y los cómplices. Debe reformarse pues el artículo 14 del Código de Familia, completando el cuadro de las personas que hayan intervenido en el delito a que dicho artículo se refiere, incluyendo al "instigador".

EN CONSECUENCIA:

Se propone la siguiente reforma del indicado inciso 5): Reformarse... etc., para que diga así:

- 5)—"Entre cualquiera de las personas que hayan participado en el delito de homicidio de uno de los cónyuges, con el cónyuge superviviente".

*
* *
* * *

Ponencia preparada por las Licdas.:

*Yolanda Mora
Angélica Cordero R.
Alicia Bogarín Parra*

Todo individuo que por medio de un acto u omisión cometiere un daño a otro, deberá responder por los daños que resulte de esa acción u omisión. Los efectos civiles o penales que resulte de él, se adecuarán según se trate; si el hecho incriminado como delito medie entre el Estado y el individuo a quien se le atribuye el hecho mismo se le aplicará la ley penal y cuando se refiere a la restitución del equilibrio patrimonial desvirtuado por la producción de un daño injusto, estaríamos dentro del campo civil.

No existe entre ambos campos ninguna diferencia dogmática para que en determinado acto ilícito dé origen a una responsabilidad civil o penal. Al respecto Jorge Peirano Facio dice: "...la causa de una determinada ilicitud incide en el campo de la responsabilidad civil o en el campo de la responsabilidad penal, no tiene propiamente

te hablando, un origen técnico sino un origen político, pues ambas acciones civiles y criminal, tienen por causa un mismo hecho, cuya apreciación establecerá, de un lado, la responsabilidad penal incurrida nada más por el acto y otro, la acción civil del mismo agente o de quien responda. . .”

De lo anterior se desprende que el tema de la responsabilidad debe de estudiarse en sentido genético y no específico de una o de otra materia, que se aplicará según la repercusión de los efectos de la acción u omisión llevada a cabo por el individuo generador del daño en el derecho ajeno.

Responsabilidad en sentido general:

Hemos dicho que todo aquel que comete un daño a otro debe resarcirlo de acuerdo a la doctrina en general de la responsabilidad. Nacerá ésta en virtud del ejercicio del derecho que la Constitución de la República le otorga al individuo de adquirir y contraer obligaciones. Ahora bien, en ese deambular jurídico el individuo necesariamente puede causar un daño a otro. La responsabilidad la afrontará como medio justo necesario del resultado culposo de su conducta o bien a título de obligatoriedad solidaria, cuando medie según las circunstancias, una culpa objetiva, según lo indica el artículo 1.048 del Código Civil.

En estas circunstancias todo menoscabo en el derecho ajeno será resarcido en el campo pecuniario, puesto que aún cuando se trata de una responsabilidad originada de un delito, el que cometió el daño debe además de afrontar las consecuencias penales, las civiles que será aquella que comparta el equilibrio patrimonial desvirtuado. Dentro del conglomerado social, todos los individuos, según las circunstancias, factores y estatutos representados en el medio, afrontarán responsabilidades de tipo diferente. Así la responsabilidad de un ciudadano común y corriente no será igual a la del individuo que ejerce una profesión en virtud de una norma legal que lo faculta para tal ejercicio. El profesional afrontará su responsabilidad en un campo específico, y sus obligaciones no sólo serán como ciudadano sino como aquel individuo ejerciendo un status definido por un esquema jurídico específico, que además de responsabilizarlo doblemente, estará sujeto a todas aquellas situaciones que se den dentro del campo en que él se mueve. De lo anterior se puede colegir que un profesional estará doblemente investido de responsabilidad: la general que advierte la obligatoriedad del individuo afrontando toda responsabilidad por los daños que resulten de sus acciones u omisiones; y, la específica: la profesional, que adecuará todos aquellos daños y riesgos que ocasione en el ejercicio de su profesión, bien por ignorancia de reglas científicas de la profesión que ejerza, o bien por exceso de sus funciones, lo cual le acarrearía no solo el resarcimiento pecuniario, sino también debería afrontar responsabilidades de tipo penal.

Por lo anterior, a nuestro juicio ningún profesional puede mirarse bajo el mismo cristal en cuanto a responsabilidad del ejercicio del status que representa en la sociedad, con relación a los otros individuos. De ahí que se haga necesario dar una explicación general de la responsabilidad médica que sería el tema que nos interesaría en responsabilidad profesional en general y que a continuación esbozaremos.

Responsabilidad Médica:

Este concepto necesariamente surge de la Ley de Universidades y de la Ley sobre el ejercicio de la medicina. De la primera porque en virtud de la existencia de la Universidad como Ente facultado por la Ley para extender títulos académicos que acrediten la capacidad técnica y científica para el ejercicio de determinada profesión, en ella se establecen requisitos necesarios para dicho ejercicio.

Para que un médico pueda ejercer la profesión dentro de nuestro territorio, es necesario que se inscriba en el Colegio de Médicos y Cirujanos, corporación encargada de velar porque la profesión de la medicina se ejerza con arreglo a las normas de la ética, promoviendo el intercambio científico entre sus miembros y de éstos con los centros y autoridades científicas nacionales y extranjeras, prohijar las asociaciones médicas de las distintas especialidades que se formen con fines científicos, impulsar las actividades sociales entre sus miembros; velar porque no se ejerza la profesión ilegalmente; auspiciar las asociaciones gremiales y los sindicatos que formen sus miembros para proteger el ejercicio de la profesión y promover su mejoramiento y evacuar las consultas que cualquiera de los Supremos Poderes le haga en materia de su competencia, y además asuntos que las leyes indiquen.

Los requisitos necesarios para obtener la inscripción en el Colegio están contemplados en el artículo 7 de la Ley 3.019 de 9 de agosto de 1962. El ejercicio de la medicina en general será vigilada por esta Corporación a través de a) La asamblea general y b) La Junta Directiva de Gobierno. Tanto la una como la otra, tienen atribuciones específicas que la misma ley les otorga. En general las atribuciones de la Asamblea General son de orden administrativo, no así suceden con las atinentes a las de la Junta de Gobierno que son atribuciones de orden jurídico en cuanto a sanciones por infracciones a la Ley del Colegio de Médicos y Cirujanos y por cualquier falta o abuso que cometan en el ejercicio o la práctica de sus responsabilidades profesionales o empleos. De lo anterior se colige que el colegio de Médicos y Cirujanos no es un centro de información sobre los médicos existentes en la República, sino que es el órgano encargado de vigilancia, ejercicio y efectos de la profesión médica. Por consiguiente en la forma en que está expuesta las normas jurídicas sobre responsabilidad médica, cualquier omisión o acción que

vaya en detrimento del ejercicio de su profesión le puede ocasionar al profesional en medicina, la sanción máxima, la suspensión temporal del ejercicio. Las sanciones que indique la Junta de Gobierno pueden ser apelables ante la Asamblea General, quien será en última instancia la que dicte la resolución final.

Como vemos en materia de responsabilidad en el ejercicio de la profesión médica, el órgano facultado para sancionar a cualquier miembro de ese gremio, lo es el Colegio de Médicos y Cirujanos.

Actualmente en nuestro sistema jurídico común no existe norma en la que se fije la responsabilidad profesional. El artículo 1.045 del Código Civil aunque básicamente contiene la responsabilidad profesional en cuanto al fin que persigue el individuo que ha sufrido un daño con relación al nexo causal de éste y el agente generador, pues el propio fin contenido en esa norma abarca las acciones y comisiones del individuo común y corriente y no la culpa profesional, dado que esta última se origina de la ejecución de su arte en forma indebida, no como acción consciente y voluntaria previsible por el médico, sino aquella acción no intencional que se ejecute en el acto médico sin tener en mente las normas básicas que regula la situación concreta para cada caso en particular y que son básicamente necesarias para evitar resultados perjudiciales en el paciente, originadas lógicamente con la conducta omisiva del médico que está obligado a: a) la ciencia médica; y b) la autorización libre que el Estado le otorga para ejercer la medicina; y c) el riesgo preexistente nacido del paciente y que siempre está presente en la relación médico-paciente.

De lo anterior se colige que el médico no puede ser tratado desde el punto jurídico ínsito en el artículo 1.045 del Código Civil por cuanto el contenido de ese artículo adecúa aquellos casos de acciones u omisiones del individuo común y corriente que incurre en delitos culposos. La razón de esta afirmación básicamente se fundamenta en lo expuesto anteriormente y en la razón de que las causas de eximentes de responsabilidad médica son específicas y muy calificadas. Se circunscriben en el ejercicio legítimo de un oficio y en el servicio de necesidad pública. El médico ejerce un servicio público, y por ello se debe profesionalmente a la comunidad. Así, si el profesional en medicina comete una acción u omisión que esté excluido por aplicación de principios fundamentales que deriven de la obligación del derecho profesional en medicina, deben responsabilizarse por ese hecho.

Los problemas que se presentan en el ejercicio de la medicina, específicamente en lo referente con el diagnóstico y tratamiento de enfermedades, en lo que atañe a la responsabilidad médica, es necesario enfocarlos desde aspectos singulares y en cada caso en particular, puesto que ese ejercicio legal de la profesión médica involucra la realización de actos que pueden afectar o afecten la integridad de las personas o inciden o pueden incidir en la vida misma.

Por lo anterior podemos asegurar que la responsabilidad médica se deriva de tratamientos clínicos o quirúrgicos que provienen de su propia actuación y no de las circunstancias complementarias en que intervienen otros profesionales.

Así si el tratamiento de un paciente está correctamente impuesto y dirigido y el médico ha dado claramente las directrices para su aplicación, los errores que se hubieren incurrido en ésta, solo afectarán a los encargados de realizarlas. En algunos casos la culpa del propio paciente viene a producir un desenlace fatal que no puede ser imputado al médico.

La culpa médica básicamente se fundamenta en la impericia, imprudencia y negligencia. Para determinar esa culpa profesional es necesario establecer la incapacidad profesional para realizar el tratamiento que ocasionó el hecho punible, y la existencia, lugar, tiempo y modo y estado físico del paciente. De ahí que para medir esa incapacidad se necesita un perito, que por lo técnico del caso, lo constituiría el perito médico.

Para responsabilizar a un médico por culpa profesional debemos tener en cuenta las eximentes de responsabilidad médica y además en los casos de emergencia la conciliación del derecho profesional y el deber de realizar un tratamiento de alternativa entre actuar o perecer. De ahí que la culpa profesional médica deriva del resultado perjudicial de la lesión producida por impericia. Hay que hacer diferencia lógica de los resultados dañosos de tratamiento médicos y su incidencia como delito. El médico como cualquier individuo puede incurrir en delitos producto de acción dolosa, y que para justos efectos no tiene ningún interés. Aquellos delitos, que se producen como consecuencia necesaria del ejercicio profesional del médico y que se refieren al homicidio y las lesiones personales y aquellos que son realizados valiéndose del ejercicio profesional como medio de comisión, sí tienen interés para nuestro estudio.

En caso de homicidio o lesiones derivadas del ejercicio profesional médico se debe apreciar a la ley de a) peritaje médico y b) evidencia absoluta cierta, real de la impericia.

En nuestro sistema jurídico el perito médico es aquel médico que mediante sus conocimientos técnicos, convierte su apreciación en la prueba única por excelencia e interviene de dos maneras: a) requerimiento de las partes y b) mediante nombramiento de oficio por el Juez. Actualmente el perito médico actúa en nuestro medio en aquellos casos que así se lo soliciten los jueces, alcaldes o agentes. Sin embargo en el campo civil hay posibilidad de que el perito médico intervenga a instancia de partes. Su labor se adecúa generalmente a la labor de observación, descripción y conclusión de las lesiones que presente determinado paciente. En cuanto a responsabilidad médica en nuestro medio son muy pocos los casos en que el médico forense ha actuado como perito. Siempre desde luego en el campo penal.

En relación a la posibilidad de determinar la impericia del médico existen dos factores muy importantes para la demostración de esa situación: a) la elaboración de la historia clínica en forma debida y b) la auditoría médica. En nuestro medio en lo que se refiere a la atención médica privada no existen normas reguladoras de esa labor. A nuestro juicio el único ordenamiento que existe aplicable a ese servicio, sería el Código de Ética Médica que dicta las directrices básicas para una atención ético-científica. En cuanto al documento que efectúe el médico sobre sus pacientes no existe ninguna disposición sobre custodia, modo y vigilancia. En cuanto al tratamiento realizado a los pacientes dentro de un centro hospitalario, tanto público como privado sí existen normas reguladoras de ese servicio, y en todas aquellas insertas en el Reglamento General de Hospitales. La historia clínica se consideran documentos de carácter privado y confidencial, de utilidad para el enfermo, el establecimiento, la investigación, la docencia y la justicia por lo que no se podrá autorizar su uso para otros fines, guardando en todos los casos el secreto profesional...

Básicamente la existencia de una historia clínica se fundamenta en dos circunstancias: a) la necesidad de recopilación de datos clínicos en orden cronológico y b) memoria de dolencias del paciente. Ahora bien esa recopilación se hace por dos razones: a) para un tratamiento eficaz y reconocimiento del resultado del mismo de las dolencias que afectaron o afecten al paciente, en orden cronológico y b) la calidad del servicio profesional del médico. De ahí la necesidad de que el Reglamento General de Hospitales refiere como base para mantener la supervigilancia técnica, todo establecimiento de atención médica deberá mantener un expediente clínico de cada paciente que contendrá la información mínima siguiente:

1. datos sociológicos 1.1. identificación. 1.2. condiciones sociales. 2. Datos médicos: 2.1. causa del internamiento. 2.2. anamnesis. 2.3. examen físico. 2.4. notas de evolución y de órdenes del médico. 2.5. otros informes laboratorios, radiología, interconsultas, operación, anestesia, hoja de recién nacido, etc. 2.6. diagnóstico de ingreso y egreso; condición de salida y epicrisis.

3. Datos de enfermería:

3.1. Gráficas (signos vitales y otros). 3.2. evolución y cumplimiento de las órdenes del médico.

4. Otra información:

4.1. exoneraciones. 4.2. certificado de defunción.

Aunque vimos que el historial clínico es de orden privado, puede ser utilizado para la docencia, investigación y la justicia. La única restricción que existe en cuanto a la exhibición de ese documental

solamente lo será a requerimiento del paciente quien según el artículo 304, inciso e) del Reglamento General de hospitales tiene derecho a que se respete la información confidencial de su historial clínico.

De lo que se colige que los elementos del historial clínico son tres, a saber:

- 1) Ejercicio legal de la profesión
- 2) Institución hospitalaria y
- 3) El derecho del individuo de la atención médica para recuperar la salud.

Sobre el ejercicio legal de la profesión ya hemos hablado al respecto.

Sobre las instituciones hospitalarias, hemos de agregar que es aquel establecimiento destinado a realizar todas o algunas actividades de recuperación, rehabilitación, fomento y protección de la salud. Cada hospital cumple con las siguientes actividades:

- 1 Dirección
- 2 Administración
- 3 Auxiliares de diagnóstico y tratamiento
- 4 Directa de atención al paciente y
- 5 Algunos en docencia e investigación.

Es de obligatoriedad de todo hospital, confeccionar la historia clínica de cada paciente conforme lo sugerido anteriormente y que es parte del ordenamiento jurídico. En cuanto al tercer elemento y es el del derecho que tiene todo individuo de recurrir ante una institución hospitalaria a fin de que sea atendido de su padecimiento nos dice el artículo 2 del aparte III del Código de Moral Médica que: El médico debe atender el llamado de los que soliciten sus servicios profesionales a su juicio, sin embargo podrán eximirse de esa obligación, salvo en los siguientes casos:

- a) Que no haya otro facultativo en su localidad o cuando su actuación como especialista sea indispensable.
- b) Cuando haya suma urgencia que pone en peligro la vida del enfermo.
- c) Cuando otro médico pida su colaboración.
- d) Cuando el paciente sea un indigente y no haya asistencia médica gratuita en la localidad.

Sobre el aspecto de contenido y configuración del expediente clínico, no existe duda alguna. Sabemos cuáles son los requisitos mínimos que debe contener el mismo. Conforme las normas reguladoras de la labor de todo aquel individuo que interviene en las actividades, que se despliegan dentro del recinto hospitalario, dan una pauta demostradora de calidad del servicio médico y para médico, en el tratamiento aplicado al paciente, según la dolencia que presente al paciente por la sintomatología y exámenes efectuados.

El diagnóstico inicial será el que marque el nivel determinativo de los exámenes que conjuntamente el resultado de ellos y aquel, serán lo que en última instancia sean los que dirijan el tratamiento idóneo para cada caso en concreto. Es decir todo paciente tendrá un diagnóstico cuyo producto inmediato lo es el tratamiento que será el que marque la posibilidad del paciente de salir del Hospital como curado, mejorado o aliviado, según se trate su dolencia.

En otras palabras el diagnóstico es el que nos da la pauta general de la calidad de atención médica que ha tenido el paciente. Ahora bien, no basta conocer únicamente el diagnóstico. Dentro del historial clínico existen grandes evidencias para responsabilizar al médico de cualquier acto empírico que cometa el mismo.

Existen anotaciones hechas por las enfermeras y por el profesional en medicina que son de gran valor jurídico. El material recopilado en ese documento clínico de pautas suficientes para llevar a cabo una auditoría médica, no como la que se lleva a cabo actualmente, sobre incidencias de operaciones y cantidad de ellas, efectuadas por determinado profesional, etc. sino una incidencia sobre calidad del servicio médico, que básicamente se puede aquilatar a través del diagnóstico dirigente único del tratamiento efectuado al paciente. Al respecto hay que hacer hincapié en que es indefectible la presencia del diagnóstico en todo paciente. La razón de esta aseveración se basa en que las consultas y juntas médicas se llevan a cabo para intercambiar opiniones respecto al diagnóstico, pronóstico y tratamiento, y el médico debe provocarlas cuando no logre hacer diagnóstico, cuando no obtenga resultado satisfactorio con el tratamiento empleado y cuando el enfermo o sus familiares lo soliciten (artículo 3, aparte VI del Código de Ética Médica).

Según el mismo texto antes citado, la Junta en estos casos asumirá en forma colectiva la responsabilidad. De lo anterior se infiere que para adecuar jurídicamente en forma correcta la responsabilidad se hace necesario contar con el expediente clínico, de ahí que la práctica actual de los Hospitales de transcribir parte de éste, no sea la forma ideal, puesto que como dijimos anteriormente, todo el material inserto en ese historial clínico es de suma importancia, no sólo para imputar una responsabilidad médica, sino para exonerarlo, cuando se compruebe que su actuación se adecuó a la ciencia, ejercicio legítimo del derecho y al riesgo obligado por las circunstancias del caso en concreto. Es menester tomar en consideración principios

rectores para imputar punibles al profesional en medicina y que a nuestro juicio podrán ser:

- 1—Examen de los antecedentes del paciente, la existencia de la enfermedad que necesita de los auxilios médicos.
- 2—Naturaleza de la enfermedad y el riesgo creado por razón de ella, al profesional.
- 3—Pericia comprobada al médico.
- 4—Actuaciones practicadas por el médico que constituyan culpa derivada del ejercicio profesional, comprobada por medio de experiencias técnicas.
- 5—Comprobación exacta de que la muerte o las lesiones fueron producidas por acción directa e inexcusable y no por circunstancias concomitantes ni por errores de asistencia, enfermeras y otros intervinientes en el tratamiento o acto quirúrgico.
- 6—Investigación sobre la culpa de la víctima.
- 7—Investigación exhaustiva de que el suceso se produjo por error excusable y no por impericia, negligencia o imprudencia.

De lo anterior hemos visto la necesidad de afrontar dentro de nuestro sistema jurídico, una responsabilidad profesional en general. Nuestro sistema es omiso en cuanto a ese aspecto. Las razones fundamentales se esbozaron al principio de esta ponencia. La culpa profesional no puede medirse con el mismo criterio del individuo común y corriente que incurre en un hecho culposo. Por las circunstancias, medios y fines, el profesional, sólo estará frente a las exigencias de responsabilidad que se definieron anteriormente.

Por lo antes expuesto proponemos lo siguiente:

Primero: Vimos anteriormente que en el servicio privado no hay ninguna norma que obligue al médico a llevar a cabo una historia clínica, razón por la cual se hace necesario regular al respecto, en el sentido de que al médico que tenga consultorio privado, se le obligue a confeccionar una historia similar a la establecida en los hospitales. Se recomienda incluir la reforma en la Ley General de Salud.

Segundo: Siendo el historial clínico, la prueba básica por excelencia de la idoneidad del tratamiento efectuado al paciente, debe establecerse en todo hospital un comité de Auditorías Médicas, a fin de que sea éste el que vele porque todo médico cumpla con los requisitos de confección técnica científica de obligatoriedad. Asimismo todo hospital debe tener a su disposición un técnico en registros médicos, quien se encargará de asesorar al comité antes dicho.

Para coadyuvar el mejoramiento científico del personal médico de la institución, el comité conjuntamente con el técnico en Registros Médicos, llevará a cabo en forma obligatoria la auditoría médica en el sentido básico de calidad y eficacia del personal médico conforme se infiere del expediente clínico.

Tercero: La entrega de información de un historial clínico, es obvio que no será puesto en manos de meros interesados, sino que por confidencialidad del documento, debe ser entregado para efectos de responsabilidad médica, únicamente al profesional en derecho o bien a requerimiento del Juez, de ahí que se haga necesario la reforma del artículo 189 del Reglamento General de Hospitales.

*
* *

PONENCIA

El organismo contralor de la responsabilidad médica.

Ponentes:

*Licdas. Miriam Anchía de Rodríguez
Nivea González de Aguilar*

Antecedentes

Por ley 3.265 se crea el Organismo Médico Forense de la Corte Suprema de Justicia, e inicia sus labores el 1º de enero de 1965. De acuerdo con el artículo 1º de su ley orgánica, la función principal consistía en asesorar a los Tribunales de Justicia en asuntos médico-legales.

Constaba ese organismo de una Dirección, anexa a la cual encontrábamos las siguientes secciones:

Sección de Patología Forense: dedicada al estudio de cadáveres médico-forenses;

Sección de Toxicología: para investigación de venenos y otras sustancias; y

Sección de Criminalística: para estudios de documentos, proyectiles, manchas, pelos, etc.

Dentro del referido ente, existía el *Consejo Médico Forense* que conocía en alzada los asuntos médico-legales. Estaba compuesto por el Director del Organismo, como presidente, los jefes de sección y los médicos forenses de la sección Central.

El Consejo representó un adelanto al reemplazar en estas funciones al Colegio de Médicos y Cirujanos. No obstante se le criticó por la intervención de dos profesionales no médicos como eran los jefes de Toxicología y Criminalística.

En el inicio, el Director y los Jefes de Sección eran funcionarios de seis horas diarias y los médicos forenses de tres horas. En 1968, se elevó la jornada de los últimos a cuatro horas diarias. En 1973, se aumentó a ocho horas la jornada del Director y los Jefes de Sección.

Organismo de Investigación Judicial

Indudablemente, con los defectos que es admisible que tuviese el Organismo Médico Forense, realizó una labor de tanto prestigio que sirvió de base para estructurar la Ley del Organismo de Investigación Judicial (Ley N° 5524) cuya única novedad consiste en la Policía Técnica Judicial.

El nuevo Organismo inicia sus labores el 22 de mayo de 1974. Está constituido por una dirección a cargo de dos abogados, una secretaria general servida por un profesional en Derecho y tres departamentos: Medicina Legal, Laboratorio de Ciencias Forenses e Investigaciones Criminales (o Policía Judicial).

Departamento de Medicina Legal

Está integrado por una Jefatura y tres secciones: Clínica Médico Forense, Psiquiatría Forense y Patología Forense.

Este Departamento cuenta con un Consejo Médico Forense integrado únicamente por médicos.

Bajo el "Sistema de Residencia Médica" se ha iniciado el adiestramiento de más especialistas. El médico residente es un "aprendiz" de la especialidad.

A través de un programa auspiciado por la Facultad de Medicina, el médico se especializa después de tres años de trabajo, actividades académicas y exámenes en este departamento. Su adiestramiento es en forma integral.

El objetivo del programa es dotar al Poder Judicial de los médicos especialistas que requiera su proyecto de expansión a todo el país. En la actualidad hay dos médicos que iniciaron su adiestramiento en el mes de marzo, son ellos los primeros residentes con que se inicia el programa en cuestión.

Para el año entrante hay una nueva plaza para médico residente, con lo cual habrá residentes de primero y segundo año.

Como verdadero Instituto de la materia, el susodicho departamento cumple los tres objetivos de todo centro docente: trabajo profesional, enseñanza e investigación.

Dentro del ámbito de Panamá a México inclusive, es el único Instituto Médico Legal que cuenta con médicos debidamente especializados.

Por su posición dentro del Poder Judicial, si se buscara un órgano regulador de la Responsabilidad Médica, el más indicado sería el Departamento de Medicina Legal.

Para garantizar la imparcialidad de los dictámenes emitidos por ese departamento se hace necesario que sus funcionarios sean de dedicación exclusiva con el fin de evitar hasta donde humanamente es posible, los compromisos de índole profesional. Por otro lado, la misma Ley Orgánica del Poder Judicial establece los mecanismos para recusar a uno de los peritos si hay algún nexo laboral o de amistad con la persona involucrada en el asunto.

Proposiciones

- 1.—Que la Corte fortalezca el Departamento de Medicina Legal:
 - a.—estableciendo que la labor médico legal sea de dedicación exclusiva mediante los ajustes salariales adecuados.
 - b.—que se establezcan más plazas de médico residente para preparar el número de especialistas necesarios con el objeto de que a corto plazo existan, en las principales regiones del país, centros médicos forenses a cargo de especialistas del Poder Judicial, y no se dependa de médicos generales y sin experiencia forense como sucede actualmente.
- 2.—Que en el Departamento de Medicina Legal se establezcan áreas especializadas de Medicina del Trabajo, Medicina de Tránsito y Traumatología Forense, enviando a especializarse a médicos que hayan completado su residencia básica en Medicina Legal.
- 3.—Que el manejo de los problemas de responsabilidad médica se haga a través del Departamento de Medicina Legal en los aspectos que concierne a la parte médica propiamente dicha. En caso de ser objetado un dictamen conocerá un Consejo formado por los tres jefes de sección y dos especialistas rotativos de acuerdo con el asunto en discusión.
- 4.—Que se obligue a todo estudiante de derecho a tomar el curso de medicina Legal de la Facultad de Derecho. Igualmente se exigirá este curso a los abogados que pretendan seguir la carrera judicial.
- 5.—Que debido al mérito a que se ha hecho acreedor el Departamento de Medicina Legal, se convierta en Instituto de Ciencias Forenses a nivel centroamericano, dando así oportunidad a que los países del Istmo se beneficien de nuestros avances, enviando a sus interesados a estudiar en él.

PONENCIA

Reformas a los artículos 189 y 323 del Reglamento General de Hospitales

Ponente: *Lic. Ricardo Harbottle*

Exposición de motivos:

Uno de los problemas más serios con los que se encuentra el jurista a la hora de atender un caso por responsabilidad médica es el de que no tiene a su alcance los elementos de juicio necesarios e idóneos para determinar a su leal saber y entender el derecho que le asiste a su cliente para entablar una demanda por responsabilidad médica. Esto sucede por cuanto los Hospitales hasta la fecha mantienen las historias clínicas y expedientes clínicos bajo estricta confidencia a tal punto que es prohibido para el Profesional en Derecho poder examinar, por supuesto con el asocio de un entendido en la materia, el expediente clínico de aquel paciente que se cree perjudicado por la atención o tratamiento médico o quirúrgico que se le ha dado y acude a su abogado para que éste haga valer sus derechos y cobre la indemnización correspondiente ante los Tribunales de Justicia.

Esta prohibición para que el abogado estudie el expediente clínico, no solamente va en perjuicio del paciente reclamante sino también de los mismos médicos e instituciones hospitalarias involucradas en el asunto desde que muchas demandas serían desestimadas incluso en la misma oficina del profesional en derecho cuando al examinar éste la historia clínica se encuentra con que su cliente no tiene la razón o el derecho que pretende.

También resultaría la eliminación de esta prohibición, en beneficio de la administración de Justicia en tanto que se evitaría la presentación de juicios largos y costosos que en muchos casos nunca debieron haberse presentado por las razones anteriormente indicadas.

Es por todo lo anterior que esta comisión pretende como una de sus ponencias el que se reformen los artículos 189 y 323 del Reglamento General de Hospitales Nacionales número 1743 de 4 de junio de 1971, agregándoles un párrafo que más o menos diga lo siguiente:

Artículo 189 II: Tendrán acceso a las historias clínicas previa autorización del Director del Hospital los profesionales en derecho que así lo soliciten y siempre que el paciente respectivo o sus representantes legales brinden su consentimiento por escrito. Para su estudio podrán hacerse acompañar de un médico de su elección.

Igual derecho tiene el abogado que representa a una institución hospitalaria o cualquier persona que pueda verse involucrada en un proceso que interese responsabilidad en el campo de la Medicina u Hospitalario.

Artículo 323 Párrafo Final: "El expediente clínico podrá ser revisado por un profesional en derecho cumpliendo con los mismos requisitos que para ello señala el artículo 189 de este reglamento".

*
* *

PONENCIA

Para que los juicios ordinarios sobre responsabilidad civil de los responsables en medicina sea de competencia de los juzgados civiles.

Ponente: *Lic. Ricardo Harbottle*

Exposición de motivos:

Dentro del estudio de la responsabilidad civil proveniente del ejercicio de la profesión médica, es punto de suma importancia el análisis del Tribunal competente para el conocimiento de los procesos ordinarios, que con ese motivo se puedan presentar desde que a corto plazo todas las instituciones hospitalarias del país, con excepción de las clínicas privadas, pasarán a formar parte de la Caja Costarricense de Seguro Social.

En la mayoría de los casos sobre responsabilidad médica que se presenten a los Tribunales, a la parte actora le interesará demandar en forma solidaria tanto al médico cuya negligencia, imprudencia o impericia es motivo de la querrela, como a la Caja Costarricense de Seguro Social.

En tal caso el ciudadano se encontrará que de acuerdo con las leyes procesales relativas a la competencia de los Tribunales y también de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, deberá plantear la demanda por los procedimientos que esta ley establece y ante los Tribunales de lo contencioso administrativo.

Es de conocimiento de todos los juristas que el proceso contencioso administrativo y la administración en punto a su situación jurídica dentro del proceso y de ello se podrían dar muchos ejemplos como es el caso de que a la administración se le exime del afianciamento de costas mientras que al administrado se le obliga a esa carga procesal y así podrían enunciarse otros ejemplos que llevan a la conclusión de que el proceso contencioso administrativo, no es el

más idóneo para que un asunto de estricto derecho privado, como es el de la responsabilidad médica, tenga que debatirse en la vía contencioso administrativo. En vista de lo anterior propongo:

"Que se promulguen o recomienden las reformas necesarias a la ley de la Jurisdicción Contencioso administrativo y las leyes sobre competencia de los Tribunales con el objeto de que la materia que nos ocupa pase a ser del conocimiento de los Juzgados Civiles corrientes".

*
* *

PONENCIA

Las acciones de salud y los derechos humanos

Lic. Jorge Alfredo Robles Arias
Asesor Jurídico del Ministerio de Salud.
Consultor de: Organización Mundial de la Salud y de la Organización Panamericana de la Salud.

Introducción

Este trabajo pretende señalar los alcances de nuestra legislación en aquellos campos en que las acciones de salud, en sus muy variadas formas, tienen inmediata relación con los derechos humanos, tomando en cuenta, especialmente, los adelantos de la ciencia y la técnica en materia de biología, medicina e investigaciones en humanos.

Sobre esta importante materia ha existido ya preocupación a nivel internacional, concretamente, en los organismos mundiales especializados. Así, el Consejo Ejecutivo de la Organización Mundial de la Salud, ha dicho que:

"el derecho de todo ser humano al goce de grado máximo de salud, según se establece en la Constitución de la OMS, encuentra su garantía óptima en un progreso científico y tecnológico ininterrumpido... Para asegurar ese progreso los adelantos de la ciencia y de la técnica han de emplearse únicamente en bien de la humanidad y no en detrimento de ésta, siendo indispensable proteger los derechos de cada ser humano".

El 19 de diciembre de 1968, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 2450 (XXIII), en la que invitaba al Secretario General y a los Jefes Administrativos de los organismos

especializados competentes a que preparasen un estudio sobre una serie de problemas, de los que uno (párrafo 1 b- de la resolución) interesaba de un modo especial a la OMS: "Protección de la persona humana de su integridad física e intelectual ante los progresos de la biología, la medicina y la bioquímica". Para atender la petición formulada en la resolución 2450 (XXIII), la OMS preparó un documento preliminar y lo sometió a la 23ª Asamblea Mundial de la Salud, reunida en Ginebra en mayo de 1970; una vez examinado el documento, la Asamblea adoptó la resolución WHA 23.41, la que, entre otros extremos, dejó establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental del hombre y que los problemas de la salud planteados en relación con los derechos humanos por los adelantos científicos y técnicos, son de incumbencia de la Organización Mundial de la Salud. El documento preparado por la OMS se refiere al respeto de la vida privada de los individuos ante los progresos de las técnicas de registro y de otra índole, a la protección de la persona humana y de su integridad física e intelectual ante los progresos de la ciencia (genética, trasplantes de tejidos u órganos, trasplantes de corazón y otras técnicas semejantes), a experimentos en seres humanos (fisiología, patología, ensayo clínico de medicamentos, empleo de aditivos químicos en los alimentos y en los líquidos potables), al deterioro del medio, etc.

Por lo demás, resulta incuestionable que los adelantos de la medicina han aumentado la capacidad del hombre para influir en las fuerzas de la vida y de la muerte, por lo que los problemas ético-jurídicos que plantean las diversas intervenciones médicas, son cada vez más numerosos y complejos.

La base de estos apuntes está constituida por la respuesta oficial, preparada por el que suscribe, dada por el Ministerio de Salud de Costa Rica al temario remitido por la OMS a todos sus estados miembros, a efecto de elaborar un documento final para ser presentado a las Naciones Unidas.

Naturalmente, ni el elenco de los temas, ni mucho menos, el desarrollo de ellos hecho por nosotros, pretenden agotar el enorme número de problemas ético-jurídicos que el tema básico conlleva. La ética de las intervenciones médicas en seres humanos o "bioética"—como se la está llamando— plantea una infinita gama de interrogantes que aún no tienen una respuesta definida. Si bien es cierto que el legislador, con previsión en algunas ocasiones, o apresuradamente en otras, ha tratado de resolver en la norma legal la conducta que debe seguirse ante una situación dada, no es menos cierto que estos campos están sutilmente unidos a consideraciones morales puras o ético-profesionales, en donde una decisión dependerá de motivaciones subjetivas, o bien del modo o punto de vista como se afronte el problema, lo cual, en definitiva, siempre estará condicionado a factores culturales y sociológicos.

Empero, si contrastamos las interrogantes del temario planteado por la OMS con las respuestas que ofrece nuestra legislación, que pode-

mos asegurar que ella se ha preocupado bastante por enfocar, desde diversos ángulos, la problemática jurídica que plantea el campo de la salud en relación con los derechos humanos. Puede notarse, asimismo, que las normas tienen determinantes positivos y negativos, entendiendo por los primeros, aquellos que señalan derechos de las personas y las correlativas obligaciones estatales, en beneficio de la salud personal de los individuos, y por los segundos, aquellas limitaciones a las actividades humanas y la correlativa acción coercitiva estatal, en beneficio de la salud y bienestar de la colectividad.

1.—La salud como derecho humano

Nivel constitucional: La Constitución Política del país (1949) no consagra, en forma expresa, norma alguna referente a la salud como derecho humano fundamental. Sin embargo, en forma general, la Constitución establece como una de las funciones del Estado, la de "procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza" (ver art. 50). Estimamos que en este texto, implícitamente, se incluye la obligación del Estado de velar por la salud de las personas, considerando a la salud como elemento fundamental del "bienestar" de ellas. En lo tocante a la materia laboral, la Constitución es más concreta al señalar que "todo patrono debe adoptar en sus empresas las medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo" y que se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte y demás contingencias que la ley determine". (ver artículos 66 y 67). En lo administrativo, la Constitución encarga a una entidad autónoma la administración y gobierno del régimen de los seguros sociales (ver art. 73).

Nivel Legal: Contrariamente a la parquedad de la Constitución, la legislación nacional abunda en normas que señalan claramente no sólo el derecho de las personas a las prestaciones de salud, sino la correlativa obligación del Estado de velar por la salud de la población. Igualmente, se establece como función estatal organizar, coordinar y vigilar los servicios de salud, incluyendo los del sector privado.

Citamos en esta materia, como más importantes, las siguientes disposiciones:

"La salud de la población es un bien de interés público tutelado por el Estado" (Art. 1 de la Ley General de Salud).

"Es función esencial del Estado velar por la salud de la población" (Art. 2 Ley cit).

"Todo habitante tiene derecho a las prestaciones de salud en la forma que las leyes y reglamentos especiales determinen y el deber

de preveer la conservación de su salud y de concurrir al mantenimiento de la familia y la de la comunidad (Art. 3 Ley cit.).

“Todo niño tiene derecho a que sus padres y el Estado velen por su salud y por su desarrollo físico y psicológico normal.

Tendrá, por tanto, derecho a las prestaciones de salud estatales desde su nacimiento hasta la adolescencia.

Los niños que sufran alteraciones psicológicas y retardo mental tendrán derecho a gozar de los servicios de las instituciones estatales especializadas”. (Art. 13 Ley cit.).

Es importante anotar que como derecho subjetivo, se define la norma como derecho a las prestaciones de salud y no como derecho a la salud. Coincidimos con esta posición filosófica-jurídica ya que la salud en sí misma, como estado del ser humano, es trascendente de lo jurídico, como que depende de múltiples factores fuera del alcance lógico del derecho.

Por otra parte, la legislación nacional de salud, tiene múltiples disposiciones que limitan la conducta del individuo e incluso afectan derechos y garantías de rango constitucional en aras del bienestar y seguridad de la comunidad. (Control de enfermedades transmisibles, control del medio, control de propaganda sobre medicamentos y alimentos y sobre otros aspectos de interés sanitario).

En este campo, citamos como relevantes, entre otras, las siguientes disposiciones:

“Ninguna persona podrá actuar o ayudar en actos que signifiquen peligro, menoscabo o daño para la salud de terceros o de la población y deberá evitar toda omisión en tomar medidas o precauciones en favor de la salud de terceros” (Art. 37 Ley cit.).

“Toda persona deberá cumplir con las disposiciones legales o reglamentarias y las prácticas destinadas a prevenir la aparición y propagación de enfermedades transmisibles” (Art. 147 Ley cit.).

“Toda persona deberá someterse a los exámenes de salud que el Ministerio (de Salud) ordene por estimarlos técnicamente necesarios” (Art. 149 Ley cit.).

“Son obligatorias las vacunaciones y la revacunación contra las enfermedades transmisibles que el Ministerio (de Salud) determine” (Art. 150 ley cit.).

“Será requisito para la matrícula anual de los escolares la presentación de certificados de vacunación y revacunación obligatorias y cualesquiera otros que la autoridad sanitaria disponga” Art. 153 Ley cit.).

“Queda prohibido a las personas afectadas por enfermedades transmisibles incluidas en la lista oficial, asistir a establecimientos educacionales, de trabajo y de recreo o a lugares de reunión públicos o privados durante el período de transmisibilidad, a criterio de las autoridades de salud” (Art. 155 Ley cit.).

“Las personas afectadas por enfermedades transmisibles de denuncia obligatoria deberán someterse a las medidas de aislamiento cuando y en la forma que la autoridad disponga” (Art. 161 Ley cit.).

“Queda prohibida toda propaganda que atribuya propiedades terapéuticas a los alimentos o que induzca a error o engaño al público en cuanto a la naturaleza, calidad, propiedades u origen de los alimentos” (Art. 237 Ley cit.).

“Queda prohibida toda acción, práctica, operación que deteriore el medio ambiente natural o que, alterando la composición o características intrínsecas de sus elementos básicos, produzcan una disminución de su calidad y estética, haga tales bienes inservibles para algunos de los usos a que están destinados...”. (Art. 263 Ley cit.).

“Toda persona queda obligada a emplear el máximo de su diligencia en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias o de los pedidos especiales que ordene la autoridad de salud competente, a fin de evitar o controlar la contaminación atmosférica y del ambiente en los lugares destinados a la vivienda, trabajo o recreación” (Art. 293 Ley cit.).

“Las personas que hagan difusión o propaganda sobre tópicos referentes a la salud de las personas o que puedan influir en ésta o afectarla, deberán someter el contenido del texto a consideración del Ministerio para su autorización, previa a la difusión (Art. 258 Ley cit.).

2.—El comienzo de la vida

Si bien desde el punto de vista puramente científico o teológico, el comienzo de la vida es aun tema de discusión, las legislaciones —entre ellas la nuestra— han resuelto el problema de la existencia de la persona para los efectos de la adquisición de derechos, fijando un plazo determinado, previo al nacimiento y algunas condiciones básicas para determinar tal existencia.

Conforme al derecho nacional, este punto queda resuelto, estableciéndose que “La existencia de la persona física principal al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento” (Art. 13 del Código Civil).

De este principio básico que fija la personalidad humana mediante una ficción jurídica, se desprenden una serie de consecuencias y normas, de fácil deducción, en punto a considerar el hombre como sujeto de derechos desde antes de su nacimiento.

3.—Terminación artificial del embarazo

Este es un tema que tiene íntima relación con el anterior, ya que depende de considerar o no el feto, en su perspectiva de vida, como persona, la forma de visualizar este espinoso problema.

Ya vimos que, conforme a nuestra legislación, el feto es considerado una persona física a los efectos del disfrute de todos sus

derechos, y siendo, como lo es, el esencial de ellos el derecho a la vida, garantizado incuestionablemente en el orden universal, nuestro sistema jurídico no puede menos que rodear de un marco legal de protección la expectativa de vida del feto.

En el campo penal este tutelaje se resuelve tipificando el aborto dentro del Capítulo de los Delitos contra la Vida, con los agravantes y atenuantes propios de la materia punitiva. Únicamente se sitúa fuera de la norma penal el aborto terapéutico, practicado por profesional autorizado, con consentimiento de la madre y siempre que esta medida extrema no haya podido ser evitada por otros medios. (Art. 121 del Código Penal).

Obvio es decir que en el orden sanitario-asistencial, la persona por nacer, a través de la madre gestante, goza de una serie de derechos destinados a garantizarle una vida intrauterina saludable y acorde con las normas técnicas que rigen esta materia. (Art. 12 de la Ley General de Salud y las reglamentaciones existentes en el campo de la seguridad social).

4.—*Recién nacidos con anomalías congénitas*

El infanticidio eutanásico no está admitido en nuestra legislación, conforme a los principios que llevamos analizados. La muerte causada de un recién nacido, aunque sea por motivos eugenésicos o de otra índole similar, se considera delito. Igualmente está sancionado penalmente, aunque con pena atenuada, el infanticidio "honoris causa".

5.—*Uso de fetos humanos para la investigación*

Nuestra legislación no tiene ninguna disposición específica sobre el tema, sin embargo, algunas normas generales pueden ser aplicadas a la materia.

Se permite la investigación en humanos bajo severas restricciones legales y técnicas; sin embargo, se prohíbe la investigación clínica terapéutica o científica que sea peligrosa para los seres humanos (Arts. 25, 26, 65, 66 y otros, de la Ley General de Salud). Tratándose de cadáveres de humanos, pueden utilizarse para fines de investigación, bajo ciertas restricciones (Ley especial de Trasplantes en seres humanos). Se aclara que las normas son aplicables a los fetos ya que la legislación, como se dijo anteriormente, los considera como personas desde antes de su nacimiento para efectos legales (Art. 13 del Código Civil).

6.—*Esterilización*

1.-La esterilización voluntaria, cualquiera que sean sus móviles, no presenta ningún problema legal, siempre que la persona que se

someta a ella otorgue expresamente su consentimiento y sea mayor de edad. No existe ninguna norma legal que restrinja este tipo de operaciones.

Naturalmente, las normas éticas obligan a dar a la persona interesada toda la información adecuada sobre los riesgos y consecuencias de la operación.

2.-No existe la posibilidad legal de la esterilización obligatoria por vía judicial.

7.—*Castración*

En general, en cuanto a este tema, podemos emitir los mismos conceptos señalados para el punto anterior.

Debemos apuntar, sin embargo, que la esterilización, en cualesquiera de sus formas, causada contra la voluntad de la persona afectada podría ser calificada de lesión grave (Art. 123 del Código Penal).

8.—*Contracepción*

La contracepción dentro de programas o acciones estatales no está prohibida en la legislación nacional, y, a la inversa, está tímidamente admitida en la legislación al establecerse en la Ley General de Salud que "toda persona tiene derecho a obtener de los funcionarios competentes la debida información y las instrucciones adecuadas sobre asuntos, acciones y prácticas... particularmente sobre... educación sexual... planificación familiar... (Art. 10 de la Ley cit.).

Debemos apuntar, empero, que la legislación penal castiga el anuncio de procedimientos y sustancias destinadas a provocar el aborto o evitar el embarazo (Art. 374 - 4 del Código Penal), si bien esta norma debe interpretarse que se aplica cuando tales anuncios no procedan de instituciones públicas de salud y no obedezcan a programas nacionales autorizados.

9.—*La medicina preventiva y los trastornos genéticos*

Independientemente de la determinación médica de trastornos genéticos, debemos repetir lo dicho anteriormente (ver aparte 4) en cuanto a que la legislación nacional no permite suprimir una vida humana por razones genéticas. Así, ni el aborto ni el infanticidio están permitidos, ni siquiera específicamente atenuados, cuando se realizan por tales móviles. Por su parte, el homicidio por razones de piedad (eutanasia) está previsto como homicidio especialmente atenuado, siempre que la víctima sea mayor de edad y el victimario haya procedido por formal y reiterada petición de aquella (Art. 116 del Código Penal).

10.—Inseminación artificial

Los problemas jurídicos que plantea la inseminación artificial, especialmente tratándose de mujer casada inseminada con semen de quien no es su marido, son resueltos en nuestra legislación civil, al establecerse que "la inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades" (Art. 72 del Código de Familia). Podemos agregar que la inseminación artificial de mujer casada hecha sin consentimiento del marido, daría lugar a una acción de impugnación de paternidad por parte de éste, así como a una eventual acción de divorcio, aunque no sería dable alegar para ello el adulterio.

Naturalmente, la práctica de la inseminación artificial está regida por las normas ético profesionales en cuanto a la oportunidad y adecuada información que debe darse a los interesados previamente a la práctica de la operación.

11.—Aspectos generales de los experimentos en el hombre

La legislación nacional abunda en normas que regulan las experimentaciones en el hombre para fines terapéuticos o de investigación. La normación legal, en su fundamento filosófico jurídico, tiende a rodear de garantías a las personas a fin de que tales prácticas no riñan con los principios básicos y universales de dignidad e integridad humanas. Dentro de esta tónica se ha establecido que: "Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia. (Juicios de Paternidad).

Sin embargo, si una persona se niega a someterse a un examen médico, que sea necesario para acreditar en juicio ciertos hechos controvertidos, el Juez puede considerar como probados los hechos que se trataban de demostrar por la vía del examen" (Código Civil Art. 28).

Por su parte, la ley sanitaria contiene sobre el tema importantes normas, tales como que "ninguna persona podrá ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o técnicas sin ser debidamente informada de la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie su consentimiento previo, o el de la persona llamada legalmente a darlo si correspondiere o estuviese impedida para hacerlo" (Art. 25 de la Ley General de Salud); así como que: "en ningún caso se permitirá ninguna investigación clínica, terapéutica o científica peligrosa para la salud de los seres humanos" (Art. 26 de la Ley General de Salud=L. S.). Igualmente ha que-

dado establecido que "ningún profesional podrá someter a un enfermo a experimentación clínica-terapéutica sin informar debidamente sobre la necesidad, interés y riesgos que el experimento tiene para el paciente a fin de que éste, o la persona llamada legalmente a dar el consentimiento, lo otorguen previamente con debido conocimiento de causa" (Art. 67 L. S.). Además, ningún profesional podrá someter a una persona a este tipo de experimentos sin que haya antecedentes acumulados por experiencias previas en animales (Art. 68 L. S.). Vale decir finalmente, que tales experimentaciones sólo podrán ser efectuadas por profesionales especializados en la materia y en establecimientos autorizados con sometimiento absoluto a las normas del Código Moral Médico (Art. 66 y otros L. S.).

12.—Consentimiento "deliberado" de los voluntarios para la experimentación

Como vimos al tratar el tema anterior, la legislación nacional permite la experimentación en humanos con sujeción a las normas y condiciones que ahí se señalaron, que consisten esencialmente en cuatro elementos:

- a) Información amplia y adecuada al sujeto en cuanto al interés y riesgos de la experimentación;
- b) Consentimiento previo del sujeto, expresa y libremente manifestado;
- c) Antecedentes previamente acumulados por experiencias en animales; y
- d) Que las operaciones se realicen por profesionales especializados y en establecimientos autorizados.

Ahora bien, para la norma jurídica es difícil, por no decir imposible, lograr determinar los factores o circunstancias subjetivos que llevan al sujeto a otorgar su consentimiento; cuánto más difícil resulta calificar la libertad *moral* de la persona cuando formalmente se manifiesta de acuerdo en someterse al experimento, cuando median en su actitud motivos éticamente discutibles.

Por ello estimamos que este delicado campo pertenece más a la ética profesional que a la norma legal, que se limita o debe limitarse, a señalar el marco formal básico del procedimiento, para que este tipo de experiencias se realicen con un mínimo de garantías que resguarden la dignidad y la integridad humana.

13.—Ensayo de substancias terapéuticas en seres humanos

Estimamos que lo que hemos expuesto al referirnos a los temas 11 y 12 anteriores, son aplicables al presente tema.

14.—Publicación de los resultados de la experimentación en el hombre

No hay dentro de la legislación nacional normas especiales que se refieran al tema. Sin embargo, del contexto general del ordenamiento jurídico y de los principios doctrinarios más aceptados, podemos indicar las siguientes reglas fundamentales:

- a) Se autorizan las publicaciones hechas con interés puramente de divulgación científica;
- b) Debe evitarse indicar los nombres de los sujetos; y
- c) No pueden publicarse fotografías de pacientes, si no es con su consentimiento expreso. La omisión de esta regla autoriza la suspensión de la publicación o el decomiso, en su caso.

15.—El momento de la muerte

En nuestras leyes no existen la definición legal de la muerte y ésta se supone acaecida formalmente cuando así lo certifique el profesional o funcionario autorizado. La regla general es la de que corresponde a los médicos tratantes y a los médicos oficiales la certificación de la muerte de las personas y de sus causas empleando para tal fin las fórmulas oficiales sujetas a las convenciones internacionales. Tal certificación será válida para las inhumaciones y demás efectos legales. (Art. 53 y otros, de la Ley General de Salud). Empero, debemos señalar que tratándose de trasplantes en seres humanos existe una norma de excepción, ya que la ley especial que regula la materia, establece que "para proceder al retiro de los órganos y materiales anatómicos, el fallecimiento de la persona debe ser comprobado previamente por dos médicos, distintos de los facultativos que practicarán la operación en el cuerpo receptor. Esa comprobación se hará mediante juicio clínico complementado con los procedimientos instrumentales idóneos, de todo lo cual deberá levantarse acta que suscribirán los médicos que confirmen la realidad de la muerte". (Art. 6 L. S.).

Cabe añadir, como detalle de interés que, conforme a la Ley, si por haber perecido dos o más personas en el mismo acontecimiento, o por cualquier otra causa no fuere posible saber el orden en que han muerto, se presumirá legalmente que esas personas han fallecido en el mismo momento. (Art. 17 Código Civil).

El derecho a morir:

La eutanasia u homicidio por piedad está previsto en nuestra legislación en la siguiente forma: "Se impondrá prisión... al

que movido por un sentimiento de piedad matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aún cuando medie vínculo de parentesco." (Art. 116 del Código Penal). Además, como figura similar, se ordena que será reprimido con prisión al que intente suicidarse a otro al suicidio o ayudare o cometerlo. (Art. 115 Cód. Penal).

Por su parte, el artículo 114 del mismo Código determina que el que intente suicidarse quedará sujeto a medidas de seguridad para tratamiento psiquiátrico.

Como puede verse, la ley prohíbe todo acto, propio o de terceros, que tienda a terminar con la vida humana, aunque sea por móviles de piedad y aunque haya formal y reiterado ruego de la víctima.

Debe advertirse que la misión y suspensión de tratamientos médicos en casos de enfermos incurables, presenta una sutil línea divisoria entre lo legal y lo ético en la que obviamente intervienen factores de orden subjetivo para juzgar cada caso.

16.—Trasplantes de tejidos y órganos

Nuestra legislación se ocupa con profusión de este tipo de operaciones. La Ley General de Salud da algunas normas generales sobre la materia que, a su vez, está regulada por una Ley especial. Como reglas generales se establece que los trasplantes sólo pueden realizarse por personal profesional especializado y en establecimientos autorizados (Arts. 25 y 73 L. S.).

Asimismo, que queda prohibido el comercio de las piezas anatómicas (Art. 35 L. S.).

Por su parte, el propio Código Civil en el capítulo de "Derechos de la personalidad", se ocupa de este mismo tema y dice que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución por la Ley, permitiéndose disponer total o parcialmente del propio cuerpo para después de muerto. (Art. 27 Cód. Civil).

La Ley especial sobre esta materia ratifica estos conceptos generales y regula con mayor detalle los sistemas y procedimientos para efectuar las operaciones.

De su texto resultan los siguientes principios básicos:

- a) No se admite la comercialización de las piezas anatómicas; en todo caso, éstas deberán destinarse a fines terapéuticos o de investigación exclusivamente;
- b) Si no hubiere voluntad manifestada previamente de la persona fallecida, la autorización para disponer del cadáver la otorgarán los parientes. A falta de ellos, la determinación la asume el establecimiento donde se hallare el cuerpo.

- c) El certificado de defunción tiene que ser emitido por facultativos distintos de los que van a intervenir en la operación y tal certificado está sujeto a formalidades especiales;
- d) Se admite la operación únicamente cuando no haya otras soluciones técnica y razonablemente aceptables para establecer la salud del paciente.
- e) Información adecuada al paciente receptor sobre los riesgos y la especial y extraordinaria naturaleza de la operación;
- f) Consentimiento previo, expreso y otorgado por escrito por parte del receptor para someterse a la operación; en caso de tratarse de un menor de edad, ese consentimiento lo otorgarán sus representantes legales;
- g) La donación entre vivos puede realizarse, siempre que el donador sea pariente cercano del receptor. No puede ser donador un menor de edad.

17.—Ordenación electrónica de historias clínicas

La legislación nacional no tiene normas específicas sobre el tema. Sin embargo, podemos decir que el sistema electrónico, con intervención de personal auxiliar ajeno al médico, no resultaría necesariamente prohibido, sin perjuicio de que existan las sanciones correspondientes para quien divulgare injustificadamente datos o referencias de que tuviere conocimiento en razón de su trabajo y que resultaren mortificantes o perjudiciales para la persona o pacientes de que se trate. (Art. 377-1 del Cód. Penal).

18.—Psicocirugía

Aunque no exista prohibición específica para la intervención quirúrgica en el cerebro con el objeto de modificar el comportamiento, nos inclinamos por considerar, dentro del estado actual de cosas, que tales operaciones están vedadas conforme la norma legal que prohíbe las intervenciones experimentales peligrosas en humanos (Art. 26 Ley Gral. de Salud).

19.—Protección del medio

El derecho del Estado para intervenir en la actividad privada con miras a la protección del ambiente, es quizás el menos controvertido en el campo de las acciones públicas de salud.

Dentro de la amplísima gama de actividades y acciones que comprende la protección del medio, encontramos abundantes normas lega-

les que regulan y limitan la conducta de los individuos en punto a aquella protección.

La Ley General de Salud dedica a esta materia setenta y cuatro artículos, distribuidos en ocho capítulos. Del texto citamos los principios generales más relevantes.

“Toda persona natural o jurídica está obligada a contribuir a la promoción y mantenimiento de las condiciones del medio ambiente natural y de los ambientes artificiales que permitan llenar las necesidades vitales y de salud de la población”.

“Queda prohibida toda acción, práctica u operación que deteriore el medio ambiente natural o que alterando la composición o características intrínsecas de sus elementos básicos, especialmente al aire, el agua y el suelo, produzcan una disminución de su calidad y estética, haga tales bienes inservibles para algunos de los usos a que están destinados o cree éstos para la salud humana o para la fauna o la flora inofensiva al hombre. Toda persona queda obligada a cumplir diligentemente las acciones, prácticas u obras establecidas en la Ley y reglamentos destinados a eliminar o a controlar los elementos y factores del ambiente natural físico o biológico y del ambiente artificial, perjudiciales para la salud humana”.

“El agua constituye un bien de utilidad pública y su utilización para el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso”.

“Toda persona natural o jurídica, queda obligada a emplear el máximo su diligencia en el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias o de los pedidos especiales que ordene la autoridad competente a fin de evitar o controlar la contaminación atmosférica y del ambiente de los lugares destinados a vivienda, trabajo o recreación”.

“Será considerada como contaminación atmosférica la emisión de sonidos que sobrepasen las normas aceptadas internacionalmente, y declaradas oficiales por el Ministerio de Salud”.

“Toda persona queda obligada a evitar o eliminar las condiciones favorables para la persistencia o reproducción de las especies de la fauna nociva para el hombre en los fines de su propiedad o a su cuidado”.

Además de estos principios generales, en el capítulo de alimentos, la ley citada contiene asimismo una serie de reglas tendientes a garantizar la pureza de aquellos, que se deriven del principio general de que “la nutrición adecuada y la ingestión de alimentos de buena calidad y en condiciones sanitarias son esenciales para la salud y por tanto, las personas naturales y jurídicas que se ocupen en actividades relacionadas con alimentos destinados al consumo de la población, deberán poner el máximo de su diligencia y evitar omisiones en el cumplimiento de las disposiciones legales reglamentarias pertinentes y de las órdenes especiales que la autoridad de salud pueda dictar, dentro de sus facultades, en resguardo de la salud”. (Art. 196. Ley General de Salud).

Por su parte, la legislación penal se encarga de sancionar aquellas acciones dolosas que produzcan la contaminación de los elementos del medio ambiente (Arts. 259 y otros del Código Penal).

20.—Medidas obligatorias de protección de la salud

Las acciones de salud en este campo, que adquieren especial relevancia en punto a la medicina preventiva, junto con las medidas de protección del medio ambiente, han llegado a ser incuestionablemente elemento fundamental de las atribuciones del Estado, aunque aquellas acciones interfieran el campo de las libertades y garantías individuales. Esto debe ser así, por cuanto frente al interés o criterio particular de los individuos está el supremo interés del bienestar de la comunidad; en otras palabras, en este campo el interés privado cede ante el interés público. De tal suerte que la acción estatal se impone no sólo sin la voluntad individual sino, en ocasiones, contra esa voluntad expresa.

La legislación nacional es prolija en normas que establecen obligaciones de este tipo a cargo de los individuos y que facultan a las autoridades de salud para el cumplimiento de tales obligaciones.

Citaremos las más importantes:

“Toda persona debe velar por el mejoramiento, la conservación y la recuperación de su salud personal y salud de los miembros de su hogar, evitando acciones y omisiones perjudiciales y cumpliendo las instrucciones técnicas y las normas obligatorias que dicten las autoridades competentes”. (Art. 9 de la Ley Gral. de Salud”).

“Ninguna persona podrá actuar o ayudar en actos que signifiquen peligro, menoscabo o daño para la salud de terceros o de la población y deberá evitar toda omisión en tomar medidas o precauciones en favor de la salud de terceros” (Art. 37 L. S.).

“Toda persona deberá cumplir con las disposiciones legales o reglamentarias y las prácticas destinadas a prevenir la aparición y propagación de enfermedades transmisibles” (Art. 147 L. S.). Por su parte la legislación civil, establece que “toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico o quirúrgico, con excepción de los casos de vacunación obligatoria o de otras medidas relativas a la salud pública, la seguridad laboral y de los casos previstos en el artículo 98 del Código de Familia (juicios de paternidad). Sin embargo, si una persona se niega a someterse a un examen médico que sea necesario para acreditar en juicio ciertos hechos controvertidos, el Juez puede considerar como probados los hechos que se trataban de demostrar por la vía del examen” (Art. 28 del Código Civil).

a.—Vacunación obligatoria contra las enfermedades transmisibles:

Dentro de las medidas obligatorias para la defensa de la comunidad en el campo de la salud, descuella con especial importancia la vacunación; esta medida, conforme a lo expuesto anteriormente, puede realizarse coercitivamente. Así, dice la Ley General de Salud: “Son obligatorias la vacunación y la revacunación contra las enfermedades transmisibles que el Ministerio (de Salud) determine. Los casos de excepción, por razón médica, serán autorizados sólo por la autoridad de salud correspondiente”. (Art. 150 L. S.). Y también: “Los padres, tutores, curadores, depositarios y encargados, son responsables por la vacunación obligatoria oportuna de los menores e incapaces a su cargo”. (Art. 151 L. S.). Y, “Será requisito para la matrícula anual de los escolares la presentación de certificados de vacunación y revacunación obligatorias y cualesquiera otros que la autoridad sanitaria disponga”.

Los directores de los centros de enseñanza, públicos y privados, serán responsables del estricto cumplimiento de esta disposición (Art. 153 L. S.).

Finalmente, se dispone que: “Toda persona al ingresar al territorio nacional en forma transitoria o permanente deberá acreditar, mediante certificado válido, que ha sido sometida a las vacunaciones obligatorias. Si no pudiere acreditarlo será vacunada en el puerto de entrada y si rehusare será sometida a aislamiento o vigilancia, según proceda y en forma que determine la autoridad sanitaria” (Art. 173 L. S.).

b.—Notificación y tratamiento obligatorio de las enfermedades:

La notificación y el tratamiento obligatorio de las enfermedades transmisibles están claramente establecidos en nuestra legislación. Sobre el particular, establece la Ley que toda persona está obligada a cumplir las disposiciones de las autoridades de salud en cuanto a notificaciones de enfermedades transmisibles declarados de denuncia obligatoria (Art. 147 L. S.), así como que serán esas mismas autoridades quienes determinarán reglamentariamente cuáles son esas enfermedades, quedando obligados a hacer la denuncia los profesionales que asistan al enfermo, los que por razón de sus funciones conozcan el caso, los directores del laboratorio que haya establecido el diagnóstico, los funcionarios de los servicios de salud y, en general cualquiera otra persona que legal o reglamentariamente tenga tal obligación (Art. 158 L. S.).

Similares disposiciones existen en cuanto a la zoonosis (Art. 184 y otros de la L. S.).

En lo tocante al conflicto que podría plantearse entre el secreto profesional y la obligación de notificar los casos que el profesional haya conocido en ejercicio de su profesión o cargo, la legislación nacional lo resuelve estableciendo como delito la divulgación hecha con ánimo de causar daño y sin causa justa. De tal suerte que existiendo causa justa para la notificación y hecha ésta no sólo sin ánimo de perjudicar sino en cumplimiento de una norma legal, la figura penal no existe. (Art. 203 del Código Penal).

En cuanto al tratamiento de las enfermedades citadas en este comentario, las normas sanitarias son terminantes al disponer, entre otras cosas, que: "En caso de sospecha o confirmación de un caso de enfermedad transmisible de denuncia obligatoria, el médico tratante deberá ordenar las medidas necesarias para evitar la propagación de la enfermedad, de acuerdo con las normas fijadas por las autoridades sanitarias (Art. 160 L. S.). Además, que "Las personas afectadas por enfermedades transmisibles de denuncia obligatoria deberán someterse a las medidas de aislamiento cuando y en la forma que la autoridad lo disponga; se entiende por aislamiento la separación del o los pacientes, durante el período de transmisibilidad, en lugares y bajo condiciones que eviten la transmisión directa o indirecta del agente infeccioso a personas o animales que sean susceptibles o que puedan transmitir la enfermedad a otros". (Art. 161 L. S.).

Se establece asimismo que: "Las personas afectadas por enfermedades transmisibles están obligadas a someterse al tratamiento correspondiente, pudiendo utilizar para tal efecto los servicios públicos de salud. Se reitera que los pacientes de lepra, tuberculosis y enfermedades venéreas quedan especialmente obligados a someterse al tratamiento gratuito de su enfermedad o continuarla si lo hubieren suspendido, salvo que acrediten debidamente ante la autoridad sanitaria correspondiente, que están siendo tratados en instituciones privadas o por un médico particular". (Art. 162 L. S.). Igualmente, se fijan normas para las personas que hayan estado en contacto directo o indirecto con pacientes afectados por este tipo de enfermedades, para los efectos de quedar sujetos a vigilancia y control (Art. 163 L. S.).

Es importante anotar que la ley penal establece como delito la propagación de una enfermedad peligrosa contagiosa. (Art. 262 del Código Penal); también es considerada como delito la violación a las medidas sanitarias dictadas para evitar o controlar epidemias. Art. 268 Cód. cit.).

La ley prevee igualmente el internamiento forzoso de los enfermos mentales y de las personas sujetas a dependencia

por el uso de drogas y otras sustancias, incluidos los alcohólicos.

En tales casos, la internación puede ser también voluntaria. Como garantía contra posibles abusos, se establece que todo internamiento no voluntario y no proveniente de orden judicial, debe ser puesto en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. (Arts. 29, 30 y 31 de la L. S.).

*
* *

PONENCIA

Prisión preventiva

Ponente: *Lic. Lauro Hermógenes Velázquez de León*

Costa Rica ha sido el país donde ha prevalecido el respeto por los derechos humanos, siendo así que es el último bastión en América Central donde dicha prevalencia es real y auténtica. El nuevo Código de Procedimientos Penales que comenzó a regir el primero de julio recién pasado, tiene como objetivo fundamental precisar, mejorar, aligerar el lento juicio penal tradicional, a fin que sea real el principio constitucional de una recta justicia, pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes, según reza el artículo 41 de nuestra Constitución Política, solidariamente con este objetivo fundamental está la inmediatez de la prueba para que el Juez pueda —en contacto con las partes, las pruebas y todo el andamiaje procesal o instrumental— dictar una sentencia justa y pronta. Se ha introducido con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal una nueva técnica jurídica penal como lo es dar al procesado un tratamiento acorde con las nuevas corrientes penales y tratarlo como a una persona humana y no a un simple delincuente, tratando de darle una verdadera readaptación en la sociedad, dándole oportunidad a su defensa y a todo lo que conlleve su plena rehabilitación, así como la certeza en el juzgador de que realmente ha cometido el hecho delictivo que se le imputa.

Podríamos extendernos en estas consideraciones; pero únicamente nos referiremos a la preventiva en cuanto a si ésta es atentatoria a los derechos humanos o no lo es.

Someramente decimos que en la actualidad hay una brutal e indiscriminada quebrantación de los derechos humanos en una gran cantidad de países del universo, vemos con desesperanza el atroz y generalizado asedio de que son objeto la dignidad y las libertades fundamentales de la persona humana en países de Europa, Asia, África, Norte, Sur y Centro América con exclusión todavía y a duras penas en nuestro país. En esta Centro América vemos cómo en casi

todos los países —a excepción de Costa Rica— se mantienen en constante estado de sitio, países en donde no existe la libertad de expresión, en donde se encuentra coartada la libertad de organización, en donde los derechos laborales no existen, en donde los recursos de exhibición personal —elemental norma jurídica— constituyen una burla a los detenidos, sus familiares y a los mismos Tribunales de Justicia, países en donde los nombres de los detenidos aparecen en los partes policiales, más no sus personas, países en donde se practica el crimen político; en donde a diario se encuentra a ciudadanos honrados y pacíficos, países en donde se niega el derecho a la vida, a la moral, a la religión, a la libertad, a la igualdad, a la autonomía familiar, a la intimidad, a la educación, la enseñanza y aprendizaje, a la propiedad, la contratación, al domicilio y la locomoción, al enjuiciamiento, a la defensa judicial, al derecho de disponer y testar, a los derechos de reunión, manifestación y petición, a la emigración, a la inviolabilidad de la correspondencia, a los derechos al seguro de vejez, enfermedad y muerte, al derecho de los presos, etcétera. Este panorama sombrío para los derechos humanos por fortuna no existe en Costa Rica; pero no por eso debemos despreocuparnos ya que el peligro es latente, siendo nosotros los abogados los llamados a velar por un estricto respeto a las leyes y la dignidad humana a fin de no vernos sumergidos en panoramas como los descritos anteriormente.

Por ello en este Congreso Jurídico es de suyo importante tratar de la protección de los derechos humanos como finalidad primaria. Surge así la interrogante de si el Código actual responde a plenitud a la protección de los derechos humanos?, respuesta que flota en el vacío toda vez que hay limitaciones en el contexto de dicho cuerpo legal, sólo nos referimos por ahora a ciertos artículos que lesionan la dignidad humana y que deben ser derogados a la brevedad posible, tal es el caso de la prisión preventiva enmarcada en los artículos 291 y 425 de dicho texto legal, toda vez que se lesiona el derecho a la libertad pues se restringe este derecho en base a presunciones débiles y en base en la duda lo cual es injusto ya que es precisamente la duda la que debe favorecer al imputado de acuerdo al aforismo latino *In dubits reus est absolvendus* y no lesionarlo como con dichos artículos se pretende, motivos suficientes para que desaparezcan del nuevo Código de procedimientos penales. Estamos descubriendo los litigantes que con el nuevo Código de procedimientos penales se lesiona no sólo dicho código sino la Constitución Política en las detenciones llevadas a cabo por la fuerza pública y por la Dirección de Investigaciones Criminales, ya que mantienen a los presuntos imputados hasta más de cuatro días detenidos y sin ser puestos a disposición de jueces competentes, siendo consignados después de tres, cuatro o más días en condiciones precarias de salud que hacen presumir que son maltratados físicamente en flagrante violación de los artículos 37 y 44 de nuestro texto constitucional y violación de los derechos del hombre, haciendo nugatorio el fin del derecho penal de un trato justo a los detenidos y a los esfuerzos de los Tribunales porque

la ley sea plenamente acatada. De tal suerte, que la libertad es conculcada tanto por los artículos que disponen la prisión preventiva y obviamente por los cuerpos de la policía de nuestro país, consideramos que el derecho a la libertad es superior a cualquier otro, es la esencia misma de la vida humana, ya que ésta radica en la libertad.

Para que nuestra Patria prosiga como nación civilizada, respetuosa de la ley, de los derechos humanos consubstanciales al hombre y para no caer en la práctica de otros países que silencian los mejores pensamientos por medio de la persecución, encierro, tortura, destierro y muerte y todo desprecio al ordenamiento jurídico, no sólo debemos denunciar toda lesión a los derechos humanos, sino crear los mecanismos necesarios para que los mismos sean plenamente respetados, recordando que “La justicia no puede esperar, ni el derecho someterse”.

Hemos de concluir en que en otros lugares del mundo y vecinos a nosotros, todos los días hay que deplorar nuevos atentados a la dignidad humana y a sus derechos fundamentales, y que sus innumerables víctimas no son únicamente ciudadanos cuyos gobiernos, sistemática o accidentalmente, les nieguen esos derechos; frecuentemente las violaciones de los derechos son consecuencia directa o indirecta de la guerra o medidas represivas militares que ciertos estados estiman deben tomar en defensa de sus intereses, parece como si hubiera un antagonismo entre el florecimiento de la personalidad humana, al pleno respeto de sus derechos —ese respeto que protege su dignidad— y la defensa por parte de los Estados de lo que consideran intereses supremos de la colectividad. La situación actual ha decepcionado así amargamente a los que creíamos en el cercano advenimiento de una era en que, superando la etapa de principios proclamados por las instancias internacionales, los derechos del hombre se vieran integrados al derecho positivo de los países, respetados por las autoridades oficiales y sancionados por los recursos judiciales, tanto nacionales como internacionales que sean del caso, ya que la situación actual, por el contrario, parece confirmar el pesimismo de los que sostienen que son derechos no tienen ni sentido ni valor en un período de mutación como éste, en que parece normal sacrificar la justicia y la felicidad de hoy a la vida y prosperidad de mañana.

Por lo tanto se recomienda:

Que se cree una comisión dedicada a estudiar la prisión preventiva y la libertad provisora en la nueva legislación procesal penal.

POWENCA

Manifiesto de la acción penal pública y privada del Ministerio Público

Proyecto de Ley para el Ministerio Público

CONSIDERANDO

1.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 del Código Procesal Penal vigente, "La acción penal pública será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, el que deberá iniciar de oficio. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni dejarse sin efecto, salvo expresa disposición legislativa en contrario."

2.- De acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales inmediato anterior, el cual ya no aplica por el que fue abrogado por el artículo 21 de la Ley 170 del 27 de noviembre de 1977, artículos 2, 7, 8, 12, 21, 157, 160, 170, 204, 206, 216, 307, 310, 311, 312, 313, 314, 315 y 316, para el artículo 7 del artículo 21 de la Ley 170 del 27 de noviembre de 1977.

COMISION

PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA LEGISLACION PROCESAL PENAL

Artículo 3.- "La acción penal pública o privada solo puede ejercitarse mediante denuncia o querrela antes de iniciarse el acto de enjuiciamiento."

Artículo 4.- "La acción penal corresponde al Ministerio Público, salvo lo dispuesto en el artículo 51."

Artículo 12.- "El Ministerio Público particular y ministerial con arreglo a las disposiciones de este Código, todas las veces que un delito de derecho público sea cometido por el sujeto pasivo de la acción penal, deberá iniciar de oficio el procedimiento penal en la instancia correspondiente, cuando el sujeto pasivo sea el titular de un derecho humano, salvo que el delito sea de naturaleza privada o que el sujeto pasivo sea el titular de un derecho humano que no sea el titular de un derecho humano fundamental."

*
* *

PONENCIA

El monopolio de la acción penal pública a cargo del ministerio público

Ponente: *Lic. Julio Caballero Aguilar*

CONSIDERANDO:

1.—De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5º del Código Procesal Penal vigente, “La acción penal pública será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo expresa disposición legal en contrario”.

De acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales inmediato anterior, derogado en forma expresa por el que nos ocupa en su artículo 548 (Decreto Legislativo N° 51 de 3 de agosto de 1910, reformado por Ley N° 8 de 29 de noviembre de 1937), artículos 2, 5, 8, 12, 21, 153, 160, 170, 284, 350, 356, 357, 376, 379, 399, 411, 459, 615, 639, —por su orden y en lo que interesa:

Artículo 2: “La acción penal es pública y privada y tiene por objeto el juzgamiento y castigo de los delincuentes. La primera se ejerce en nombre de la sociedad respecto de todo delito que deba perseguirse de oficio; la segunda corresponde sólo a la persona ofendida, y si ella se hallare imposibilitada para su ejercicio, en razón de la edad u otro motivo, a quien para tal efecto legalmente la represente”.

Artículo 5: “La acción formal pública o privada sólo puede ejercitarse mediante acusación establecida antes de dictarse el auto de enjuiciamiento”.

Artículo 8: “La acción penal es esencialmente pública, salvo lo dicho en el artículo 3º . . .”.

Artículo 12: “El Ministerio Público establecerá y mantendrá con arreglo a las disposiciones de este Código, todas las acciones penales de carácter público que considere procedentes, haya o no acusador particular. Ejercerá asimismo la acción penal por delitos reservados exclusivamente a la querrela privada, cuando ellos recaigan sobre personas desvalidas o que carezcan de personero. El Ministe-

rio Público será considerado parte en todo juicio y el Juez o Tribunal podrá pedir su parecer cada vez que lo juzgue necesario. La falta de citación oportuna del Ministerio Público podrá dar lugar a que éste solicite y a que el Tribunal declare la nulidad de actuaciones, total o parcial, si fuere indispensable para la mejor averiguación de los hechos... Los representantes del Ministerio Público podrán, en casos de urgencia, gestionar por telégrafo ante las autoridades que actúen fuera de su residencia, si la oficina trasmisora hace constar la autenticidad de la firma”.

Artículo 21: “El Ministerio Público no podrá desistir de las acciones que hayan instaurado; pero cuando lo estime de derecho podrá pedir el sobreseimiento o la absolución del reo”.

Artículo 153: “Los jueces ante quienes se hiciera una denuncia, estarán obligados a iniciar sin dilación lo que sea necesario para la averiguación del hecho y de los delincuentes, conforme a las disposiciones de este Código. Cuando la denuncia se consigne ante los funcionarios del Ministerio Público, éstos, sin perjuicio de las averiguaciones que tuvieron por conducentes y de urgencia, la pasarán lo más pronto posible al Juez que debe instruir el sumario. En ellas el funcionario del Ministerio Público actuará con el Secretario de cualquier Tribunal, Gobernación, Jefatura Política o Agencia de Policía de su jurisdicción, y en su defecto, con dos testigos...”

Artículo 160: “No están obligados a rendir fianza de calumnia: 1º Los funcionarios del Ministerio Público...”.

Artículo 170: “El sumario es privado, menos para el acusador, ofendido o denunciante, sus apoderados, el Ministerio Público y el indiciado y sus personeros legales... Para el mejor éxito de la averiguación judicial, podrá el Juez en cualquier estado del sumario decretar el secreto de éste, para toda clase de personas, sean partes o no, excepto para el Ministerio Público, pues éste deberá apersonarse como parte desde el principio toda sumaria por delito de acción pública, si bien no habrá que notificarle en este estado del juicio, sino aquellas resoluciones que recayeren en peticiones suyas...”

Artículo 284: “Si el Ministerio Público u otra de las partes interesadas, solicitare que se observen mayores precauciones que las prevenidas en el artículo anterior (identificación y reconocimiento del delincuente), podrá el Juez

acordarles, siempre que ellas tengan utilidad y no aparezcan maliciosas”.

Artículo 350: “. . . En estas diligencias de ejecución (cobra de la fianza de haz) pueden apersonarse y gestionar, si lo tienen a bien, el ofendido y el Ministerio Público . . .”

Artículo 356: “En los procesos sobre delitos de acción pública, el incidente sobre excarcelación y calificación de la garantía a ella relativa se sutanciará exclusivamente entre el procesado o su defensor y el Ministerio Público, aunque haya otras partes apersonadas en la causa, y cuando ésta versare sobre delitos de acción privada, sólo intervendrán en dicho incidente el procesado o su defensor y el ofendido o su representante”.

Artículo 357: “De la solicitud de excarcelación se dará audiencia por veinticuatro horas al Ministerio Público en el caso primero del artículo anterior y al ofendido o a quien lo represente en el caso segundo del mismo artículo . . .”

Artículo 376: “El representante del Ministerio Público, dentro de la audiencia que se le confiera conforme al artículo 323, podrá pedir que se amplíe la investigación, indicando las diligencias que deben practicarse, o emitirá su dictamen, ya sea pidiendo el sobreseimiento temporal o definitivo, o bien entablando la acusación en forma . . .”.

Artículo 379: “Al evacuar el traslado que conforme al artículo 323 debe conferirse a las partes, si el Ministerio Público creyere que es el caso de proceder al enjuiciamiento, planteará la acusación en forma, si no lo hubiere hecho antes, ésta se ajustará en lo que cupiere, a las disposiciones del artículo 158”.

Artículo 399: “Si el Ministerio Público o cualquiera de las otras partes intentaren desvirtuar con documentos los presentados por la contraria, los acompañarán, o expresarán claramente el archivo u oficina donde se encuentren, pidiendo que se agregue copia a lo cual se accederá”.

Artículo 411: “El Juez, a petición de parte, y atendidas las circunstancias de la causa, podrá conceder un término extraordinario para la práctica de prueba en el exterior, cuyo máximo fijará prudencialmente y no podrá pasar de seis meses. Pero si maliciosamente se obtuviere tal plazo y no se rindiere la prueba para el cual se soli-

citó, o se rindiere una inconducente, el Tribunal aplicará disciplinariamente una multa de veinticinco a cien colones al que hizo la petición, y lo condenará a indemnizar los perjuicios que hubiere ocasionado con la retardación producida. El Ministerio Público no incurrirá en dicha sanción”.

Artículo 459: “El Ministerio Público y el acusador particular presentarán los interrogatorios con arreglo a los cuales deban examinarse sus testigos, dentro de los tres primeros días del término probatorio”.

Artículo 615: “Salvo los casos exceptuados por la ley, sólo pueden interponer el recurso de casación el acusador particular, el reo, su defensor y el representante del Ministerio Público. En el caso de menores, podrá interponerlo también el representante del Patronato Nacional de la Infancia . . .”.

Artículo 639: “La revisión podrá pedirse en cualquier tiempo ante la Sala de Casación: . . . 3º Por el Ministerio Público cuando se tratare de favorecer al condenado”.

De la transcripción que antecede, de disposiciones que estuvieron vigentes con anterioridad a que entrara en vigencia el Código Procesal Penal que nos rige en la actualidad, sin la menor duda se desprende que el Ministerio Público, sin perjuicio de la intervención de la parte ofendida, como querellante o en calidad de simple denunciante, siempre tuvo oportunidad, durante toda la tramitación del proceso penal, de gestionar con absoluta libertad, en algunos casos con exclusividad inclusive. Las citas que me he permitido hacer, tienen naturalmente el carácter de ejemplos; es posible que haya omitido algunas. No obstante, son suficientes para patentizar que si la justicia no ha sido “pronta y cumplida y sin denegación”, como establece nuestra Carta Magna, durante la vigencia del anterior Código Penal, no ha sido por falta en su totalidad de una legislación apropiada, sino en su mayoría por factores ajenos a tal circunstancia, quizás porque los Tribunales no le han dedicado a la tramitación de los juicios el tiempo necesario. La experiencia nos ha demostrado por lo menos que las causas penales, hasta su fallo final, pudieron perfectamente finiquitarse en tiempos mucho más cortos . . .

Es evidente, por otra parte, que la promulgación del Código Procesal que nos rige, autorizado por la Ley Nº 5377 de 19 de octubre de 1973, no tenía otro objeto que agilizar los procedimientos con la expresa intención de evitar demoras innecesarias en pro de la mencionada justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Ante ese cuadro convendría hacerse esta pregunta: *¿se perjudicaría esa tramitación rápida que se pretende con la participación interesada de la parte ofendida, especialmente si ha tenido facultad legal para apersonarse dentro del proceso como parte acusadora?* El criterio del autor de esta ponencia es que por el contrario, más bien se facilita la intervención del Ministerio Público, al igual que la de los tribunales, puesto que sin perjuicio de fallos justos y arreglados a derecho, la participación de los ofendidos hará posible, en mejor forma, el logro que se pretende, cual es el de procurar, en nombre del Estado, y por ende en nombre de la sociedad, el castigo del delincuente que se ha puesto al margen de la ley, lesionando, en la mayor parte de los casos, intereses o derechos privados cuya defensa garantiza, en forma indubitable nuestra Constitución Política.

Resumiendo, que si en el pasado la intervención de una parte acusadora, directamente ante los Tribunales Represivos, no perjudicó la participación que el Código anterior le garantizaba al Ministerio Público, no se ve por qué en la actualidad sí se va a producir perjuicio alguno. Ello, sin que tenga importancia el hecho de que anteriormente esa Institución perteneciera al Poder Ejecutivo y ahora dependa del Poder Judicial.

2º) Con arreglo a lo que establecen los artículos 27 y 41 de la Constitución Política, respectivamente,

“Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución”.

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

En otras palabras, que nuestra Carta Magna nos garantiza a los costarricenses, —dentro del título IV, Capítulo Único, de los “derechos y garantías individuales”— no sólo la libertad de petición, sino también el derecho de gestionar individualmente o en forma colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, así como el de obtener una pronta resolución.

De manera que si al amparo de la Constitución Política, todos tenemos el derecho de encontrar reparación para las injurias o daños que hayamos sufrido en nuestras personas, propiedad o intereses morales, *el que en forma directa queramos ejercer tal derecho, en manera alguna tiene que significar que estamos recurriendo a la venganza o a la persecución personal de tales hechos*, que parece ser uno de los argumentos que se usó cuando se estaba estudiando la derogatoria del anterior Código de Procedimientos Penales.

Por otra parte, la presentación directa a los Tribunales Judiciales de una querrela por el ofendido, no debe implicar necesariamente que no se pueda acudir previamente al Ministerio Público, según el Código actual, si ese es el deseo de ese ofendido. Pero no se puede negar; es una realidad más bien, que en vez de entorpecer los procedimientos penales, por el contrario se van a agilizar, toda vez que los ofendidos directos en un hecho delictuoso, forzosamente tienen que estar mejor enterados de cualquier extraño que no tuvo nada que ver con su comisión, con la ventaja de que su aporte a la hora de ofrecer los indicios y pruebas del caso, tiene que tener una mayor importancia para el buen resultado del juicio, sin que ello suponga que los Tribunales, con fundamento en las probanzas que en esa forma se han llevado al procesado, vayan a ser instrumento ciegos de una venganza o persecución personal, que sólo podría ser efectiva si personalmente esos ofendidos la llegaren a ejercitar. No se trata naturalmente del deseo del ofendido de hacerse justicia por su propia mano, sino del deseo de ejercer un derecho por medio de los Tribunales competentes, en defensa de quien ha sufrido daños y perjuicios en su persona o en sus bienes, con lo cual también se defiende a la sociedad a la que pertenece.

Considerando entonces que no es conveniente para la vida institucional del país el *monopolio de la acción penal pública a cargo del ministerio público*, que estatuye el artículo 5º del Código de Procedimientos Penales vigente, especialmente por cuanto constituye una violación muy clara de preceptos que en forma expresa garantizara nuestra Carta Magna en su Capítulo de *derechos y garantías individuales*, que supone también una violación de los *derechos humanos* que como costarricenses estamos obligados a defender, el autor de esta ponencia se permite recomendar, para conocimiento del *Congreso Jurídico Nacional-1975*, el siguiente acuerdo: Que se integre una comisión del Congreso para que dentro del término de seis meses, rinda un informe sobre el siguiente proyecto de ley y sus implicaciones. informe que tendrá que ser conocido por la Asamblea del Colegio de Abogados.

La Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica

Decreta:

Artículo 1º—Modifícase el artículo 5º del Código de Procedimientos Penales, Ley N° 5377 del 19 de octubre de 1973, para que en lo sucesivo se lea así:

Artículo 5º—La acción penal pública será ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo expresa disposición legal en contrario.

El ofendido podrá apersonarse por medio de querrela formal con los requisitos del artículo 431, y en ese caso tendrá las mismas facultades que el Ministerio Público, con la salvedad de las que son propias del mismo.

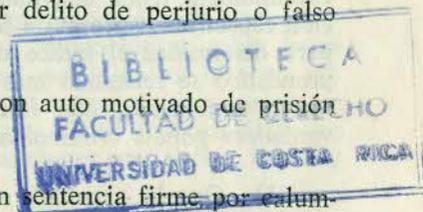
Toda persona mayor de dieciocho años podrá ejercerla con arreglo a las prescripciones de la ley.

El menor de esa edad, siempre que sea mayor de quince años podrá denunciar los delitos y contravenciones de acción pública cometidas contra él, ascendientes y hermanos, sean o no de matrimonio.

No puede ejercer la acción penal pública:

- 1) El incapaz, por locura, idiotez, imbecilidad u otro motivo.
- 2) El que estuviere cumpliendo condena de inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos o de inhabilitación o suspensión para el ejercicio de cargos u oficios públicos.
- 3) El que sea civil o criminalmente responsable del delito de que proviene;
- 4) El que haya sido condenado por delito de perjurio o falso testimonio;
- 5) El que se encontrare procesado con auto motivado de prisión o sufriendo una condena;
- 6) El que hubiere sido condenado en sentencia firme por calumniador. Pueden sin embargo, las personas indicadas en los incisos 2, 4, 5 y 6 ejercer la acción penal por delitos cometidos contra ellos, contra sus cónyuges, sus ascendientes, sus descendientes o sus hermanos, con la salvedad que establece este Código.

Artículo 2º—Esta ley rige desde su publicación y modifica cualquier disposición que se le oponga.



PONENCIA

Instituto de Criminología

Ponente: *Lic. Víctor Manuel Obando S.*

Considerando:

1) Que tanto el Código Penal como el Procesal refieren o relacionan al imputado y al condenado para determinar la personalidad, al "Instituto de Criminología" ubicado en la órbita del Poder Ejecutivo. Particularmente en la condena de Ejecución Condicional, artículo 59; en la Libertad condicional, artículo 64; en la Rehabilitación, artículos 70 y 71 del inciso f); en el Indulto, artículo 90; en el Perdón Judicial, artículos 93 y 95; en las Medidas de Seguridad, artículo 100; en la Libertad vigilada, artículo 102, todos del Código Penal y en los artículos 505, 514, 517 y 519 del Código de Procedimientos Penales.

2) Que un verdadero Instituto de Criminología en el concepto enunciado normativamente en los Códigos Penal y Procesal significa un organismo técnico de diagnóstico y pronóstico sobre la personalidad del delincuente, así como en la valoración del índice de peligrosidad tanto para la individualización de la pena en la etapa jurisdiccional como en el tratamiento del delincuente en la ejecución de las penas privativas de libertad. También podría un Instituto de Criminología tener actividades académicas y docentes, pero su función específica conforme a los Códigos dichos, es trazar el diagnóstico para determinar el índice de peligrosidad del imputado, ya que, el pronóstico se relaciona más bien con el tratamiento penitenciario al sujeto sentenciado, con fines de readaptación social dentro de una verdadera policía criminal acorde con los Derechos Humanos.

3) Que ha resultado una mala experiencia el llamado Instituto de Criminología que funciona dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, en el Ministerio de Justicia, Departamento de Adaptación Social, tanto porque su estructura no está delineada dentro de la técnica moderna, como porque la ausencia de integración, formación y selección de personal en el campo criminológico ha sido negativo para que este organismo no pueda funcionar ni colaborar con la justicia, al extremo de que la mayoría de los jueces han prescindido de sus informes y en otros casos, esos informes son empíricos y deficientes, no pudiendo aplicarse taxativamente la ley por ser más grave a veces

el informe del Instituto de Criminología que la omisión de dicho informe. En otros casos el informe resulta extemporáneo.

4) Que haciendo un deslinde lógico-jurídico de la justicia en el campo penal y penitenciario, el estudio de la personalidad del imputado para los efectos que apuntan los Códigos referidos corresponden a la órbita del Poder Judicial en el ámbito puramente jurisdiccional, y el estudio de la personalidad del recluso a la órbita del Poder Ejecutivo, que tiene bajo su mando todo el sistema mediante la ley llamada de Adaptación Social número 1636 del 11 de setiembre de 1952.

5) Que en consecuencia, ante las anomalías señaladas y comprobadas del llamado Instituto de Criminología que funciona en la órbita administrativa, la justicia penal que administran los jueces puede sufrir graves quebrantos y violaciones, como ya ha sucedido en muchos casos por falta de asesoramiento técnico en el campo criminológico, pudiendo subsanarse esta delicada situación mediante el Instituto de Criminología que funcione dentro de la órbita del Poder Judicial, como una Sección del Organismo de Investigación Judicial, como funciona el Organismo de Medicina Legal, la Policía Técnica Judicial, quedando el Instituto de Criminología del Poder Ejecutivo, restringido a las funciones que le son propias en la órbita del Poder Ejecutivo, cuales son, en síntesis: El tratamiento del recluso para efectos de resocialización, dentro del campo de la Ciencia Penitenciaria, en el orden puramente administrativo.

6) Que la tesis anterior no sólo resulta práctica, sino de consecuencias lógico-jurídicas inmediatas, pues la justicia penal pertenece al Poder Judicial y el tratamiento del recluso al Poder Ejecutivo, amén de que el vigente Código de Procedimientos Penales introduce como innovación el Juez de Ejecución, cuyas funciones, estarían afectadas o menoscabadas si no existe un organismo especializado que suministre a los jueces el verdadero informe criminológico sobre bases científicas, así como que la justicia penal no cumplirá bien su misión no obstante la promulgación de leyes avanzadas, si no existe un organismo técnico sobre el cual los jueces deben individualizar las penas, las medidas de seguridad o las sanciones que deben imponer en cada caso.

7) Que la experiencia positiva está demostrada en varios países donde el Poder Judicial tiene en su seno los organismos especializados en el campo criminológico, con nombres a veces diferentes pero funciones similares y que, existiendo dentro del Poder Judicial el Organismo de Investigación Judicial, con experiencia positiva, muchos de los funcionarios especializados podrían servir simultáneamente en el Instituto de Criminología para evitar duplicidad de funciones y gastos excesivos.

Por tanto, se resuelve:

Aprobar la creación de un Instituto de Criminología como Sección del Organismo de Investigación Judicial, en el seno del Poder Judicial, nombrándose de inmediato una comisión de Jueces, profesores y abogados especializados en Ciencias Penales para que laboren en el proyecto respectivo.

*
* *

La única instancia en el procedimiento penal costarricense

Ponentes: *Dr. Luis Paulino Mora Mora*

Lics.: Edgar Amador Madriz

Edgar Villalobos Torrens

Mario Houed Vega

Gilbert Bonilla Meléndez

Aspecto histórico:

La institución de la Doble Instancia, tuvo su origen en el bajo Imperio, cuando el Príncipe delegó en Presidentes y Gobernadores la facultad de administrar justicia, como medio de controlar el ejercicio de la misma; en la época feudal alcanzó gran importancia política, porque era un instrumento de lucha del poder real contra los señores feudales. De lo transcrito se desprende que históricamente, el recurso de apelación no nació como remedio procesal, sino por consideraciones políticas, ya que fue un modo de asentar el poder central. Al expandirse el Imperio y surgir el procedimiento extraordinario para ser aplicado en las provincias, el Príncipe, que era el depositario de la jurisdicción, se reservó el derecho de fallar en última instancia esos procesos decididos en las provincias.

Entre los germanos primitivos no se conoció la apelación, por cuanto la sentencia era dictada por el pueblo, bajo la presidencia del conde. Surgió por la influencia de dos factores: la iglesia y el poder real. La organización creada por el derecho canónico, instauró grados administrativos y como consecuencia legisló sobre la apelación. Paralelamente, a medida que se iba fortaleciendo el poder real, con el sometimiento de los señores feudales, el recurso de apelación se fue afirmando como instrumento político.

En España el derecho de apelación se consagró por vez primera en el Fuero Juzgo y se ha reproducido en todos los cuerpos legales que le siguieron.

En la Edad Moderna, el recurso alcanzó un desarrollo completo, incorporándose a las leyes procesales de los diferentes países. La

Revolución Francesa sustituyó el concepto de soberanía real por el soberanía popular para afirmar la intervención del poder central en la administración de justicia. La Asamblea del 31 de mayo de 1790 abogó por la conveniencia de suprimir la apelación, pero en definitiva se resolvió que "en todas las causas habrá dos grados", principio que pasó al Código de Procedimientos y que fue seguido por todos los que le tomaron por modelo. Sin lugar a dudas, la apelación debió restringir los abusos y con ello fortaleció el derecho, sirviendo así en interés por la justicia, pero esto no fue más que una de sus consecuencias y no su fin principal; de ahí que se haya calificado a la apelación como una institución puramente política y no como una garantía de justicia; por lo que actualmente, desde ese punto de vista carece de fundamento, debiéndose examinar las razones de su utilidad o conveniencia frente a las de la instancia única, en un terreno puramente procesal.

Doctrinariamente se ha establecido la conveniencia de que la administración de la justicia sea pronta, económica y segura. Sin embargo, a la hora de llevar a la práctica tal principio, los autores no han logrado ponerse de acuerdo en la manera de conseguirlo, por cuanto aún cuando todos tratan de obtener dicha finalidad, lo hacen elaborando distinto procedimiento, la celeridad supone simplicidad en los trámites, intermediación de la prueba y limitación de los recursos; pero la seguridad requiere que se garantice la igualdad de las partes, la imparcialidad y rectitud del juez, y la garantía de certeza del fallo. Estas garantías para algunos sólo se consiguen con procedimiento escrito, tribunales colegiados y con doble instancia; mientras que para otros, la administración de justicia es más sencilla, rápida y económica, cuando se procede en forma oral y pública, confinando la instrucción a un solo juez y con instancia única. Que aún cuando tales principios e instituciones deben analizarse en conjunto, ya que están íntimamente vinculadas entre sí, nos referimos solamente a la incidencia de la instancia única, en cuanto a los distintos aspectos de la defensa del imputado.

Como ya se ha manifestado, desde el punto de vista doctrinal, o teórico, las ventajas que ofrece el sistema de juicio único, son las de que el proceso se tramita con mayor celeridad y por ende se produce una economía procesal; todo lo cual redundaría en beneficio, tanto de las partes como de la administración de justicia, puesto que no tendrían que esperar por largos años con la incertidumbre e interrogante de cuál será el resultado del proceso y evitándose también que el imputado permanezca recluso por mucho tiempo, en aquellos casos en que no haya podido obtener su excarcelación.

Motivos de existencia de varias instancias:

En el fondo residen en desconfianza al Juez de única instancia, desconfianza en su capacidad lógica jurídica y en su moralidad; lo

que se evita con buscar jueces capaces y honestos; lográndose con la única instancia el prolongar la decisión de los tribunales. Se dice que la posibilidad de errar de un Tribunal de única instancia es mayor, cosa sumamente discutible pues la segunda instancia pierde la inmediatez, concentración, continuidad y celeridad. La posibilidad de error puede eliminarse con una ordenada Casación, de menor formalismo que la anterior y de mayores facilidades de interposición.

Desventajas de la única instancia:

En realidad acerca de las desventajas de la única instancia existe poco material, a no ser que echemos mano a la cuestión histórica o razones de conveniencia política, que para el caso importan poco. Como en todo están los defensores de la única instancia y los de la doble, resultando un mayor número en especial los modernos autores a favor de la primera, entre otros Vélez Mariconde y Soler. Se puede apuntar una desventaja, que a la postre podría resultar de mayor peso que sus defensores tratan de quitarle importancia, y es a la que se refiere a la fragilidad y falibilidad de los jueces, pues podría darse el caso de un funcionario poco capaz, para poder resolver los problemas que se le presenten, o que siéndolo incurra en un error de buena fe, y por el solo hecho de no tener un segundo estudio por parte de otros funcionarios que se supone de mayor experiencia y capacidad, se venga a causar un perjuicio irreparable; y qué decir cuando el funcionario actúa deshonestamente en que la injusticia resulta aún más grave, poniendo aún en entredicho a todo un sistema, y en su buen número imposible de corregir.

En lo que atañe a nuestro sistema procesal, se podría decir que esta crítica vendría a ser la que pudiera tener más peso, si se toma en cuenta, en lo que respecta a los jueces, que conocen de contravenciones y faltas, y delitos menores, tribunales éstos que son unipersonales, y en la mayoría de los casos, desempeñados por personas legas en la materia; a la vista está la carencia de profesionales que deseen hacer carrera judicial, y cada vez que se presenta una vacante, salvo en San José, y cabeceras de provincias, la Corte Suprema de Justicia, se ve en la mayoría de los casos en apuros para llenarla, y debe de echar mano entonces de egresados de la Escuela de Derecho, otros funcionarios judiciales o simplemente personas ajenas a la organización de los mismos. No podría decirse sin embargo lo mismo de los Tribunales de Juicio, los que están compuestos por tres jueces de amplia experiencia y sobrada solvencia moral, lo que a la par de la oralidad y publicidad que impone el nuevo ordenamiento viene a dar una absoluta garantía de respeto a la justicia penal. Resulta interesante mencionar las palabras de Ulpiano, citado por Vélez Mariconde, página 234, Tomo I, de su Derecho Procesal Penal que reza "Appelandi usus quam sit frequens quamque necessarius nemo est qui nes ciat; quippe cum iniquitatem judicantium vet

imperitiam recorrigat licet nonnumquam bene latas sententias in pejus reformet; neque enim utique melius pronunciat, quie nosissimus sententiam laturus est". "Nadie ignora cuan frecuente y necesario es el uso de apelar en efecto, corrige la iniquidad o impericia de los juzgadores aún cuando a veces reforme, para empeorar las sentencias bien dictadas, pues no siempre pronuncia un fallo mejor quien debe dictar sentencia en último término".

Nuestra historia constitucional, viene a ser clara en cuanto a que nunca, en Costa Rica, se ha establecido como principio general la única instancia si examinamos las Constituciones que nos han regido hasta nuestros días encontramos que en ellas se establecían en la administración de justicia, hasta tres instancias, estando esta última por supuesto en manos de la Corte Suprema de Justicia. En los procesos tutelares de menores, las faltas o contravenciones se conocen en única instancia. Y en materia laboral, el Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía, conoce de los juicios correspondientes, también en única instancia. A continuación se transcriben algunos de los artículos, tomados de diferentes Constituciones que han regido en nuestro país: En el artículo 45 y siguientes del primer Estatuto Político de Costa Rica, de 17 de marzo de 1823, encontramos las siguientes disposiciones: Artículo 45: En los negocios comunes, civiles y criminales, los jefes superiores políticos, militar y de hacienda estarán sujetos a los alcaldes constitucionales... Artículo 50. Los Alcaldes pedáneos conocerán de los negocios leves que sólo merezcan una ligera corrección y en los civiles que no exceden de cinco pesos. Artículo 51. De esta sentencia se apelará a los alcaldes constitucionales, los que terminarán las causas sin más progresos. Artículo 52. La Diputación, con los datos que le suministre la práctica, podrá decretar las medidas que estime convenientes en orden a la más pronta y fácil administración de justicia. En el segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, elaborado el 16 de mayo de 1823, encontramos las siguientes disposiciones en cuanto a la doble instancia. Artículo 33. Hará que las autoridades respectivas administren justicia recta y prontamente con arreglo a las leyes. Dirimirá las competencias y conocerá, en los recursos de fuerza, agravio y nulidad. Artículo 34. Señalará el Juez Constitucional inmediato que deba conocer en las civiles que se versen entre dos pueblos, o entre un pueblo y un particular, y podrá establecer un juez letrado en la provincia inmediatamente observándose en este caso, para la administración de justicia, la ley de Tribunales. Artículo 35. Los Alcaldes pedáneos conocerán en los negocios leves que sólo merezcan una ligera corrección y en los civiles que no excedan de cinco pesos. Artículo 36. De esta sentencia se apelará a los alcaldes constitucionales, los que terminarán las causas sin más progresos. Artículo 37. Para los demás casos de apelación en grado de segunda instancia, por no poder establecer por ahora la provincia un tribunal competente, inter que lo hay se observará: 1) Que en lo criminal la sentencia de pena grave, como destierro, mutilación o cosa semejante, quede en suspenso y custo-

diado el reo, considerándose la detención en parte de la condena; mas si la sentencia recayese por atentarse contra el Gobierno de la provincia o la Independencia americana, se ejecutará con previo conocimiento de la Junta y también en todo caso, las penas correccionales o no afflictivas gravemente; 2) Que en lo civil, si la apelación tuviese lugar en ambos efectos, afiance la parte de quien o contra quien se reclame, y si en uno solo, la parte recipiente. Seguidamente de la Constitución de la República Federal de Centroamérica, del 22 de noviembre de 1824, encontramos lo siguiente: Sección 2 de las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia. Artículo 136. Conocerá en última instancia con las limitaciones y arreglo que hiciere el Congreso en los casos emanados —de la Constitución— de las leyes generales . . . Artículo 137. En los casos de contienda en que sea parte toda la República, uno o más Estados, con alguno o algunos otros, o con extranjeros o habitantes de la República; la Corte Suprema de Justicia hará que nombren árbitros para la primera instancia; conocerá en la segunda; y la sentencia que diere será llevada en revista al senado, caso de conformarse las partes con el primero y segundo juicio, y de haber lugar a ella según la ley. Artículo 138. Conocerá originariamente con el arreglo a las leyes en las causas civiles . . . y en las criminales de todos los funcionarios en que declara el senado según el artículo 103 haber lugar a la formación de causa . . . Artículo 139. Propondrá ternas al Poder Ejecutivo para que nombre los jueces que deben componer los tribunales inferiores de que habla el artículo 69 número 25.

En la ley fundamental del Estado Libre de Costa Rica, de 25 de enero de 1825, encontramos los siguientes datos de importancia: Capítulo 9. Del Poder Judicial. Artículo 87. El ejercicio de este Poder corresponde a una Corte Suprema de Justicia, y a los Tribunales y Juzgados establecidos por la ley. Artículo 92. A la Corte Superior de Justicia corresponde: 1) . . . 2) . . . 3) . . . 4). Conocer en segunda y tercera instancia cuando a estos recursos haya lugar en las causas juzgadas por los Jueces inferiores . . . 5) . . . 6) . . . 7) . . . 8). Decidir las competencias que ocurran entre los juzgados inferiores.

De la administración de Justicia en lo Civil y Criminal: Artículo 109. Se establecerá en todo género de juicios el sistema de jurados cuando se crea conveniente. Artículo 110. Una ley especial arreglará la administración de Justicia en todos conceptos, bajo las reglas prescritas en este Capítulo, y en términos que un mismo juez no pueda serlo en dos diversas instancias. Posteriormente se hicieron Reformas a la Ley Fundamental de 1825, 15 de mayo de 1827 y 22 de abril de 1830: Artículo 7. La Corte Plena la formarán y compondrán los tres individuos de que se compone; el juzgado de segunda instancia o vista, será a cargo del Magistrado o Presidente indistintamente según el reparto de negocios que haga la Corte, y el de revista o tercera instancia, al del que no haya conocido en segundo; siendo obligación del Fiscal obrar como tal en los casos legales, igualmente que suplir las faltas en uno y otro, cuando no estuviere impedido. El Fiscal.

es uno de los tres Magistrados nombrados, ya que uno es su Presidente y el otro Magistrado. Artículo 8. En las causas en tercera instancia el que conozca de ellas, dará cuenta a la Corte Plena para que ésta le nombre dos adjuntos o colegas abogados o bachilleres en Derecho, y si no hubieren, dos hombres de probidad, que en calidad de conjuces conozcan y fallen con él tan sólo en el acto de la sentencia.

En la Constitución Política del Estado de Costa Rica del 9 de abril de 1844, en el artículo 158, notamos que ya se habla de la única instancia, para la sentencia dictada por los árbitros, siempre y cuando las partes no se reservaren este derecho. Artículo 158. La facultad de nombrar árbitros en las acciones civiles y en cualquier estado del pleito, es inherente a toda persona: la sentencia que los árbitros dieren es inapelable si las partes comprometidas no se reservaren este derecho. La misma facultad es extensiva a las testamentarias del modo que establezca la ley. Seguidamente en la Constitución Política de febrero 10 de 1847, queda abolida la tercera instancia, conocida con el nombre de súplica artículo 127; pero cuando el interés del pleito exceda de cinco mil pesos, o haya de imponerse pena de muerte, o de extrañamiento del territorio del Estado, la votación debe ser uniforme. También, . . . La Constitución de 1869 en su artículo 125, vuelve a establecer la tercera instancia.

Conclusiones

1.—Que la doble instancia nació no como un remedio procesal sino por consideraciones políticas para asentar el poder del Príncipe.

2.—Que luego la doble instancia adquirió función procesal al servir para que los casos sean revistos por un órgano judicial de jerarquía superior a efecto de: unificar jurisprudencia, velar por la imparcialidad y rectitud de los jueces y garantizar la certeza del fallo.

3.—Que la celeridad de los procedimientos se logra más fácilmente con órganos de instancia única.

4.—Que la imparcialidad y rectitud del Juez, la igualdad de las partes y la garantía de la certeza del fallo se logran con la instauración de Tribunales colegiados que actuarán en instancia única con la posibilidad de un recurso de casación poco formal.

5.—Que se estima contraproducente la instauración de la instancia única en Tribunales unipersonales, sobre todo que ante la carencia de profesionales en derecho que ocupan esos cargos, en zonas rurales, la Corte Suprema de Justicia ha debido nombrar legos para que los desempeñen.

6.—Que nuestro ordenamiento constitucional nunca se ha preocupado por darle rango constitucional a la única instancia.

7.—Que la aplicación de la instancia única hará surgir varias dificultades de orden práctico que influirán notablemente en el ejercicio de la defensa del imputado, aún cuando no implique una violación del principio de constitucionalidad que garantiza la inviolabilidad de la defensa en juicio; ya que al suprimirse el doble examen de las causas la actuación de la defensa tendrá que ser más eficiente, dado que no existirá otra oportunidad para suplir omisiones o corregirse defectos de los propios argumentos, a efecto de rectificar la defensa. De ello resulta que las posibles ventajas de la doble instancia deben ser eficientemente reemplazadas por las bondades de la oralidad y del recurso de casación.

8.—Que en cuanto a las jurisdicciones de las cabeceras de provincia en algunos casos, en ellas mismas, el número de abogados litigantes con oficina establecida es mínimo o no la hay, lo cual afectará a las personas que se vean involucradas en hechos delictuosos ya que se verán obligadas a tener que contratar los servicios de un profesional en derecho —en el caso que cuente con recursos económicos— que no radique en la jurisdicción del Tribunal que conoce de la causa, lo que traerá como consecuencia una indefensión manifiesta, puesto que le será sumamente difícil pretender que el abogado defensor atienda eficientemente la causa a distancia y máxime si se tiene en cuenta el tiempo que tendrá que disponer para atender las audiencias del debate.

9.—Que dado el poco número de defensores públicos que actúan en provincia en la generalidad de los casos con una circunscripción territorial extensa no se puede pretender que sean ellos los únicos que se hagan cargo de las defensas penales máxime que el nuevo procedimiento exige dedicación y diligencia desde el inicio de la causa hasta con sanciones para el defensor que injustificadamente incumpliere con sus obligaciones por lo que la Corte deberá pagar eficientemente los servicios del defensor público y hacer nuevos nombramientos.

10.—Que resulta difícil comparar el nuevo y anterior sistema en cuanto a la defensa, pues ésta en términos generales no se ejerció eficientemente durante la vigencia del Código de 1910 haciendo recaer en la mayoría de las causas la carga de la prueba (de las eximentas y justificantes) en el Juez.

En vista de lo anterior se acuerda:

1) Dirigirse a la Corte Suprema a fin de que promueva la reforma del artículo 426 Código de Procedimientos Penales, párrafo 1, para que se lea así:

“Artículo 426.—La sentencia será recurrible conforme a las normas comunes”.

El segundo párrafo quedará igual.

2). Recomendar a la Corte Suprema que estudie la posibilidad de que los delitos menores, contravenciones y faltas sean conocidas por Tribunales Colegiados o en su defecto que se establezca la doble instancia.

3) Recomendar a la Corte Suprema que se proceda al estudio del sistema de Defensores Públicos para mejorar la situación laboral de los Defensores, así como para incrementar su número.

*
* *

PONENCIA

Ponencia para la derogatoria del inciso 1º del artículo 10 del Código de Procedimientos Penales

Ponente: *Lic. Víctor Ml. Obando Segura*

Considerando único.

Que no se justifica, a la luz de la doctrina ni del derecho positivo, que el Ministerio Público por delegación del particular deba ejercer la acción civil conforme lo dispone el inciso 1º del artículo 10 del Código de Procedimientos Penales, ya que sólo se justifica en el caso de que el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos, o por su estado de pobreza. El monopolio de la acción penal por el Ministerio Público es labor ardua y delicada, que exige de ese organismo aspectos cualitativos y cuantitativos en su personal, tanto para la formación como para su selección, por lo que resulta absurdo por imposible, que este organismo desnaturalice su función pública coadyuvante de la justicia, ejerciendo acciones de derecho civil. Asimismo, si a duras penas el Ministerio Público podrá atender la acción penal e inicialmente en zona limitada, estímesese cuando deba abarcar todo el territorio nacional, mal podría asumir funciones que no le pertenecen.

Por otro lado, si los abogados litigantes han perdido la posibilidad de promover acciones penales y ahora ven limitada la posibilidad de ejercer acciones civiles, por competencia no remunerada del Ministerio Público, se corre el riesgo de caer en una socialización de la profesión de abogado, ya que el Estado progresivamente irá menos-

cabando una profesión tan liberal, hasta socializarla progresivamente por negligencia de los mismos abogados al no oponerse a innovaciones improcedentes.

Esta tesis tiene justificación filosófica dentro del marco de los derechos humanos a tenor de una buena administración de justicia. Por tanto se resuelve recomendar a la Asamblea Legislativa la reforma del Art. 10 del Código de Procedimiento Penales, para que se lea así:

“La acción civil deberá ser ejercida por el Ministerio Público, cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quién lo represente, sin perjuicio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia, en los casos en que éste proceda. También deberá ser ejercida cuando el titular acredite estado de pobreza y expresamente delegue su ejercicio al Ministerio Público. En estos casos, los demandados sólo podrán oponerse en el debate”.

*
* *

PONENCIA

Ponencia: *Licda. Violeta Madrigal Mora*

Reforma del párrafo final del artículo 195 del Código de Procedimientos Penales.

Considerando

Que el artículo 195 párrafo final, expresa, “el sumario será siempre secreto para los extraños, con excepción de los abogados que tengan algún interés legítimo” y que ese párrafo es innecesario por dos motivos:

Primero: porque todo abogado por el hecho de serlo y estar en el ejercicio de su profesión, tiene como condición inherente a la misma, un interés legítimo en estudiar cualquier expediente, que se encuentre en los Tribunales de Justicia, ya que en el caso de no ser abogado de ninguna de las partes, tiene el interés legítimo de estudiar el caso, no con un deseo morboso de recrearse con las flaquezas humanas, sino él muy humano y digno de encomio de aprender este nuevo sistema que a todos nos ha tomado de sorpresa en el aspecto práctico, aunque desde luego, muchos distinguidos colegas, lo conozcan en forma perfecta, en teoría.

Y no puede ser, el fundamento de resguardar el derecho humano del indiciado de no ser hurgado, en su miseria moral por personas

extrañas, incluyéndonos a los abogados, lo que motivó esa reforma, cuando de acuerdo con el artículo 359 del mismo Código, llegará un momento en el proceso, en que se permitirá al público, en forma casi indiscriminada, el acceso a la sala de audiencias, a presenciar al indiciado, sentado en el banquillo de los acusados.

Segundo: que el párrafo “será siempre secreto para los extraños” no es necesario ya que de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 9 se establece que sólo podrán ver los expedientes, los estudiantes de la Facultad de Derecho o las personas autorizadas por la ley o sea de acuerdo con el artículo 140 de la misma ley, “los abogados, bachilleres en leyes o procuradores que estén ejerciendo su profesión, con derechos adquiridos, o los estudiantes de la Facultad de Derecho, debidamente identificados”.

Por lo tanto:

Se Acuerda

Recomendar a la Corte Suprema de Justicia, que en lo posible, aune criterios entre los funcionarios judiciales, en el sentido de que “los abogados siempre tienen un interés legítimo para solicitar el sumario de acuerdo con el artículo 195 párrafo último del Código de Procedimientos Penales, o sea cuando se haya recibido, la declaración del imputado. Solicitar a la Asamblea Legislativa, la reforma del párrafo último del artículo 195 del Código de Procedimientos Penales, para que ese párrafo desaparezca.

*
* *

PONENCIA

Libertad individual e inviolabilidad de la defensa, derecho e intimidad

Ponente: *Lic. Jorge Muñoz Fonseca*

La individualidad:

Nos abocamos al perpetuo rescate del hombre en su condición humana, ubicándolo en su nivel valorativo superior. Trata este enfoque de la intimidad, establecer los postulados que en relación con principios procesales y sustantivos vigentes, deben formar parte integrante de normas constitucionales. Siempre pensando en el hombre como un fin, ya que es de rigor sostener en toda estructura jurídica que el hombre es un fin antes que un medio, y alrededor de ello construir el andamiaje que proteja sus intereses ético-jurídico, su libertad,

su dignidad. Sólo que el respeto y la acción protectora coactiva de esos atributos del hombre, permitirá el combate de los actos conculcadores de su intimidad. Surge con todo, y ello es propio de la complejidad de la vida en sociedad y de la sutileza de la acción política y del deber del Estado, el problema de los límites de la individualidad, su derecho de intimidad, y los límites o alcances de la ley penal con su estatuto procesal, porque como lo expresa la comisión dictaminadora legislativa que valoró el proyecto del Código Procesal Penal: "La justicia no puede convertirse en encubridora del delito, pero tampoco es instrumento de persecuciones injustas. Debe ser imparcial y equitativa. Se la representa con los ojos vendados y extendiendo su brazo derecho con toda fuerza para empuñar la balanza que no inclina hacia ningún lado". De modo que la individualidad, su intimidad no enerve la acción jurídica procesal penal, en su finalidad de la defensa social.

Violación de los derechos humanos:

En el estudio de la violación que ocurre con harta frecuencia, en todos los países del orbe, variando solamente en intensidad y conforme al régimen político imperante, encontramos casos como los que por vía de ejemplo y someramente se pasa a relatar en Panamá, celebrándose la Conferencia Interamericana sobre Aspectos Jurídicos de la Independencia Económica, se presentó un abogado argentino, el Dr. Guevara de la Cerna y relató con lujo de detalles, cómo es que se aplica la represión a los abogados defensores, si es que en forma alguna atacan o menosprecian al régimen imperante. Expresó el destacado expositor, que por defensa a su hermano, sin el éxito esperado de las leyes, y por haber conseguido ruidosa publicidad del caso, se le conminó a que abandonara en término de cuarenta y ocho horas su tierra (Argentina) porque de no hacerlo su destino sería el paredón. Burla sarcástica de la inviolabilidad de la defensa, pero de lo que es peor de la inviolabilidad de la vida humana. Añadió que a su hermano sólo permitió la autoridad de la cárcel, verlo a través de un espeso cristal o ventana, y de conversar por medio de altoparlante, como excusa se le dijo que padecía de hepatitis. En Costa Rica, es cierto que gozamos de la vigencia de los recursos de habeas corpus, del recurso de amparo, del de inconstitucionalidad, de las garantías individuales y sociales, con todo, a cualquier ciudadano del mundo se le paran los pelos de punta con leer el Crimen de Colima y los Casos Célebres del Licenciado Enrique Benavides, su autor, figura descolante del foro costarricense y uno de los máximos impulsores del nuevo estatuto procesal penal de Costa Rica. Ningún otro ciudadano, con el vigor, talento, ojo auscultador y valentía, delató los vicios del sistema, como lo hiciera el Lic. Benavides en sus obras citadas. La comisión dictaminadora que cité también expresó: "Desde que un hombre cae en las garras de la justicia, según la expresión popular,

se le trata como culpable y todo el procedimiento sigue esa dirección abiertamente inconstitucional. Veámoslo. Es frecuente en nuestro sistema policial la incomunicación de todo detenido, aunque cumplido el término que establece nuestra Constitución a fin de que ella cese, se le dé toda clase de excusas que son, para el hombre inocente, un trago de sabor amargo. La incomunicación prolongada puede convertirse en un medio de tortura y en todo caso, degradante. Y la tortura no es permitida de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución." El procedimiento inquisitorial no sólo es carente de sensibilidad ante el hombre que se juzga, sino que es parte del prejuicio de que es culpable y tiene que demostrar su inocencia. El nuevo que proponemos tiene un criterio opuesto y trae como consecuencia necesaria, un cambio radical de actitud de parte del juzgador y de las partes que intervienen en los juicios. El nuevo Código Penal ha acercado la justicia al hombre con el fin de que éste no sea un ser abstracto; el nuevo Código Procesal completará ese milagro, si hay comprensión para sus normas. Los tribunales no sólo deben poseer autoridad y disciplina sino profundo sentido humano y lo que ha llamado con acierto el Profesor Vélez "objetivación controlada de pensamiento, que excluye la arbitrariedad." En adelante los tribunales no tendrán frente a sí a un reo al que hay que castigar sino a un hombre cuya culpabilidad tendrá que demostrarse". "...Frente a la imposición de una ley que se inspira en absurdos conceptos inquisitoriales surgen las nuevas tendencias, verdaderos caminos de luz que se abren ante la conciencia de la justicia y la iluminan con el esplendor que imprimió el Divino Maestro a sus actos en su existencia pasajera y eterna". Nuestro nuevo estatuto procesal logra una mejor realización de los principios constitucionales que contienen garantías individuales tales como las de una justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes operantes y vigentes. Y el Código Procesal Penal por su parte afianza la defensa del imputado, su derecho a la defensa, posibilidad real y nominal, y garantiza el derecho del actor civil para pedir resarcimiento civil a cargo del demandado civil, quien también puede ejercitar la defensa de falta de fundamento. No se resta en fin, posibilidad de defensa al imputado en ninguna de las etapas del procedimiento penal. Una actitud combativa es recomendable para mantener a toda costa, el derecho a la defensa, su inviolabilidad. Son muchos los pueblos americanos en que se conculcan tales derechos a extremo de considerarlos inexistentes. En cuanto a violación de derechos de intimidad y humanos precisa relatar otro caso más, el de Puerto Rico, adonde se produce actualmente esterilización masiva de mujeres. Sométense a las mujeres en edad productiva a la esterilización masiva. Conducta reprochable que también han puesto en práctica muchos otros países. De modo más acentuado ha tocado a Puerto Rico sufrir tal vejamen, con un treinta por ciento. Ello no sólo es un agravio a la dignidad —derecho de intimidad— de la mujer, sino también una violación al derecho a la vida, al derecho de los hombres a construir una familia y al del país que lo

sufre, a determinar libremente su política demográfica según convenga a su desarrollo y al progreso, así como al proceso de liberación que determine emprender. Lo expuesto dentro del ámbito de la libertad individual y del derecho de intimidad obliga obviamente a condenar esas prácticas discriminatorias y represivas. Y lo propio se puede sostener respecto a la persecución que sufren abogados de América que actúan en la defensa de los Derechos Humanos y de presos políticos y sociales. Se patentiza esa persecución en formación de causas en detenciones arbitrarias sin causa ni proceso, amenazas, secuestros, desapariciones, torturas y asesinatos; en el exilio obligado, no justo. Todo ello configura evidente violación del derecho de los abogados al libre ejercicio de su profesión, flagrante conculcación del derecho a la debida defensa de todos los ciudadanos, y estos hechos que son burla y escarnio de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano y en particular de derechos de intimidad, por involucrar persecución de colegas en el continente, hace más que necesaria la solidaridad activa de todos los hombres de derecho de estos pueblos americanos. Así por cuanto la era actual de vivencia del derecho, que le permite correr parejas con la cultura universal y el clamor de los pueblos, obligan al legislador a pensar, no con criterio de aldea, sino a proponer la revolución de la norma jurídica con proyección universal, el hombre se realiza en función de la hoy irreversible coexistencia pacífica de sistemas políticos, de sistemas de vida individual y social. Dado el prestigio que aún conserva nuestra patria de institucionalidad y de nación democrática, estamos en el deber de asumir la posición de país baluarte en la defensa de los derechos del hombre en este hemisferio. De esta suerte, conlleva esta penencia el propósito de establecer comunicación constante y efectiva con los organismos internacionales que tienen a su cargo la tutela de los Derechos Humanos (Comisiones especiales de las Naciones Unidas, UNESCO, etc.), a organizaciones de los mismos propósitos que existan en otros países. Así como a los Colegios de Abogados, a la Confederación de Abogados del pacto andino, a efecto de lograr los enunciados propósitos, y que se constituyan comisiones que recepcionen e investiguen los casos concretos de denuncia que se formulen en orden a las precitadas violaciones, así como también a toda forma de coartar la libertad del hombre, y el libre ejercicio profesional y del derecho de defensa. Como se expresa al principio de este trabajo es el rescate del hombre en su condición humana, la razón de ser de la garantía de la inviolabilidad de la defensa, y de los principios y derechos fundamentales que se han citado fortaleciendo con actitud vigilante instituciones y figuras jurídicas como el habeas corpus, el Recurso de amparo, el de inconstitucionalidad, Revisión Constitucional, en otros países de América están insertas en codificaciones o leyes aisladas, pero sólo en el papel, en Costa Rica encuentran vigencia y aplicación, de no desvelarse combatiendo por su mantenimiento a efecto de fortalecer la institucionalidad, ésta está condenada irremisiblemente a desaparecer por trasgresión o por inobservancia. Porque aquí como

en cualquier otro punto del orbe se están violando día con día derechos de intimidad que conciernen a la dignidad, libre pensar, carácter y particular modo de ver la vida. El yo y mi circunstancia tal como lo expresara José Ortega y Gasset, para el enfoque filosófico del hombre. Derechos del hombre que también conciernen a sus actos personalísimos por lo común reservados, de los asuntos, desigños o afecciones individuales o de su familia, como lo define el Diccionario Enciclopédico. Acaso no se viola la intimidad de la mujer, al obligarla a esterilizarse?, y no se viola igualmente la intimidad del género humano al restringirle su libre pensar o la expresión de sus ideas? o el uso de los medios de publicidad?, no se viola acaso el derecho de defensa y la intimidad, al prohibir al reo o encarcelado la íntima o secreta comunicación con su abogado defensor?, son entonces estas situaciones las que con pulcritud, el mayor acierto y sabiduría debemos reglar y hacer respetar con la garantía constitucional, los abogados, con el nuevo derecho creado a la luz de una experiencia tan golpeadora y abundante en violaciones de toda índole. Cerrar todas las puertas y portillos al abuso del derecho, o a su violación es ardua tarea a la que estamos abocados los abogados del continente. Se sugieren reuniones permanentes periódicas para denunciar las violaciones, en la defensa de los derechos del hombre, difundir sistemáticamente en Universidades y Colegios los Derechos Humanos, demandar medidas de las Naciones Unidas para garantizar éstos. Crear en cada país una oficina permanente para recibir, comprobar y tramitar las violaciones a los Derechos citados y se sugiere acción ante los Estados para que consagren tales derechos en Normas Constitucionales. Es indudable que se dan casos de violaciones de los Derechos Humanos que habrá que tipificar como delitos y contravenciones, y que no se contemplan en nuestro Código Penal, sea ni en nuestra ley sustantiva ni en la procesal o formal. Como Derechos Humanos se conocen los que fueron proclamados por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, son aquellos que corresponden a todo ser de la especie humana con el solo existir y que proveen a la satisfacción de dos necesidades fundamentales de la vida del hombre: *La reproducción y la conservación*. La primera es principio consagrado en el artículo 16 de aquella declaración en cuya virtud "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad, ni religión, a casarse y a fundar una familia. . .". Se garantiza y respeta el consentimiento libre y se proclama la familia como "elemento natural de la sociedad". Esta igualdad jurídica para los contrayentes dentro del matrimonio y en caso de disolución del mismo, afirmándose que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, deja por fuera a las uniones no matrimoniales, lo que es objetable y merece reformarse, porque tales uniones son numerosas, quedando sin la protección del Estado y en el mejor de los casos ante la indiferencia suya. Y es en verdad lo que ha ocurrido en grandes y pequeños países de América. Los términos en que se proclamó este prin-

cipio (omisos por decirlo así) resultan incompatibles, con el espíritu y letra de otros derechos consagrados en aquella declaración como, por ejemplo, el que prohíbe la discriminación y da pie a que del seno de las sociedades surjan reticencias y enfrentamientos de otra índole, amparados en el disfraz de mal entendidos derechos. Los demás artículos de la declaración se refieren a la conservación del individuo, incluida la finalidad de conservar la paz entre los pueblos. Suelen ser agrupados así: a) la vida, b) la libertad, c) la propiedad, d) la asistencia social, e) la igualdad y f) derechos civiles. *El derecho a la vida* está consagrado en el artículo 3. Todo individuo tiene el derecho a la vida. Nadie puede atentar contra este inalienable derecho. Varios artículos tratan de *la Libertad*, pues son diferentes los tipos de libertad que se consagran en éstos. Se considera como postulado filosófico el de que la libertad del hombre lleva apareada la responsabilidad por sus actos. George Bernard Shaw en "Man and Superman; maxims for Revolutionaries" expresa que la libertad significa responsabilidad, de donde la mayoría de los humanos la temen. *Los fundamentos de la Libertad* del profesor Friederich A. Von Hayek, sostienen que la libertad es una oportunidad para hacer el bien, pero también para hacer el mal. Es pues un concepto en cuyo círculo gravita toda una especulación filosófica. Interesa saber que ya desde el punto de vista de nuestro estatuto procesal penal, la Constitución garantiza al imputado la libertad de defensa, de tal suerte que le sea posible probar su inocencia o el fundamento de su derecho. Dicho código, en una de sus disposiciones establece: "Garantías Constitucionales". Que nadie podrá ser penado sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo al Código; ni juzgado por otros tribunales que los estatuidos por la ley de acuerdo con la Constitución Política; ni considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare tal; ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias, etc. El imputado en fin es acreedor a efectiva oportunidad de intervenir en el proceso que se le sigue, y a conocer los actos procesales y la naturaleza de los hechos por los que se le investiga, los medios de prueba de cargo y descargo; ha de declarar con absoluta libertad, ofrecer pruebas y alegar su inocencia. Eduardo J. Couture en "*Ciencia y conciencia del Derecho*", expuso: "que para alcanzar al permanencia de los valores del espíritu en las actividades del hombre y en el impulso hacia su constante progreso es preciso que esos valores sean fuerza viva en la entraña de cada uno de nosotros, con calor de sentimiento e inagotable actividad creadora", y añade que "la abogacía ha sido y habrá de continuar siendo, una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia. Que tendremos fe en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana. En la justicia, en su sentido eterno, como el destino normal del derecho; en la paz, como sustitutivo bondadoso de la justicia, y sobre todo, fe, una fe inmensa, honda y permanente en la *libertad*, sin la cual no hay Derecho, ni Justicia, ni Paz. Libertad de expresión, de opinión, de religión, de locomoción, de nacio-

nalidad, de domicilio, de enseñanza, de asociación, de reunión. Que la libertad desde el punto de vista jurídico, puede definirse como la esfera dentro de la cual puede moverse una persona. Lo que tanto vale para un país capitalista como para uno socialista. Es un juicio crítico del sistema socialista, el de que en el sistema capitalista, la realidad social objetiva es una y la realidad jurídica en la cual se expresa es otra, de donde resulta necesario hacer claridad sobre cada una de esas realidades. Que la realidad de la libertad jurídica es diferente de la realidad de la libertad social objetiva. Se preguntan: de dónde esta desigualdad real?, los que observan y desmenuzan al tratar del régimen de la propiedad. Pero ello no es propiamente objeto de este trabajo. Únicamente y el penetrar en los derechos del hombre, y en la intimidad en particular, es congruente destacar dentro de la propiedad, la intelectual, sea los *bienes* del producto del intelecto. Se garantiza en efecto, la propiedad intelectual, artística y literaria. Y un criterio revolucionario, por así llamarlo estima que el trabajo no puede ser susceptible de apropiación como no lo es el individuo. En la Declaración de los Derechos Humanos se prohíbe la esclavitud formal, por lo que debe repudiarse bajo la forma de apropiación de su fuerza de trabajo. El derecho a la asistencia social y a un adecuado nivel de vida que está consagrado varios artículos de la mencionada Declaración, lo podemos dividir en asistencia propiamente tal y en educación. Las mayorías populares requieren el fortalecimiento económico del Estado, para reunir los recursos suficientes a efecto de no hacer ilusorio este principio y garantía. El Derecho a la igualdad tiene por objeto que todo individuo de la especie humana sea considerado ante la ley en igualdad de condiciones que los demás seres, sin consideración a sexo, religión, raza o ideología; derecho a recibir igual salario por trabajo igual. Todo ello necesita del jurista y del vigilante institucional, a fin de que no resulte ilusorio. Es preciso combatir los vicios para que los valores, incluyendo el de justicia no se supediten a los valores económicos. Por fin los derechos civiles, que son los que garantizan al individuo, su integridad individual, moral, física, política y jurídica, dotándole de instrumentos legales para la defensa de los demás derechos. Y necesariamente su derecho a la intimidad, como el que hace resaltar la personalidad individual, los valores éticos y el universo del hombre, de donde derivan todos los demás derechos de orden objetivos, como el Habeas Corpus, el de participar en los destinos de la sociedad y derechos políticos. Desde cualquier ángulo que se mire el estudio de la individualidad y de la intimidad, no puede en forma alguna desligarse de las disciplinas políticas y jurídicas, no nos es dable concluir este trabajo ni formular recomendaciones, sin el enfoque total de los derechos humanos y de sus violaciones, y que continuamente se registran de toda índole, a veces en nombre de la democracia que dicen defender los respectivos gobiernos, a veces en nombre de la defensa social, sea en forma activa, sea pasiva. Constantemente —si vamos la cine— nos encontramos con la cinta política —también en la televisión— que patentiza una policía o muy cuidadosa del

respeto a derechos humanos, —que la ley vigente, que la consulta previa con el abogado, etc.— o por el contrario una policía o Agente de Investigación de tipo agresivo, sin contemplaciones, se da el caso de quien persigue al presunto delincuente con tal furia que no puede evitar agredirlo al alcanzarlo, y o lo deja mal herido o lo mata, no sin mostrar satisfacción de haber dado con su presa, que para ese funcionario da lo mismo que haber atacado y vencido a la fiera y no al ser humano. Aquí tenemos tema o motivo de honda reflexión tocante al proceso penal actualizado en Costa Rica y la mayor parte de los países del llamado tercer mundo. Aquí hay todo un tema. Todo lo que ha quedado expuesto en este desarrollo, como violaciones de Derechos Humanos en América, sin excluir a Costa Rica, torturas a lo largo de las edades, de los sexos. A lo ancho y largo del territorio, a lo ancho y largo de los periódicos de gobierno. Las detenciones arbitrarias, discriminaciones, detenciones sin juicio o sin el auto respectivo dentro del proceso o sumaria en el sistema ya superado por la actual legislación, el encarcelamiento de abogados como está sucediendo hoy con harta frecuencia en Latino América, el irrespeto total, en fin, a la personalidad humana, llama al profesional en derecho y en particular a este Congreso Jurídico a recomendar como lo hace mediante esta ponencia, lo siguiente:

Defensa de los derechos humanos:

- 1.— En aras de la defensa de los Derechos Humanos, y de la intimidad y personalidad individual, se sugiere la creación de un Tribunal ad-honorem permanente de juristas, o una comisión adonde se puedan dirigir las organizaciones, agrupaciones, entidades y personas a quienes les fueren conculcados estos derechos, y por su conducto hacer llegar todas las reclamaciones a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Esta organización aplicará las sanciones pertinentes contenidas en la *carta* de las Naciones Unidas.
- 2.— Crear una Ley Orgánica para dicho Tribunal o Comisión, y una oficina permanente para recibir y comprobar violaciones, a efecto de presentarlas al Tribunal, y hacerlas públicas.
- 3.— Concreta y específicamente o en forma enunciativa indicar los derechos de intimidad, para añadir al Capítulo de garantías individuales de la Constitución Política, por la vía de la reforma parcial de la Constitución, dicha declaración y concreción.
- 4.— Difundir sistemáticamente en las Universidades y Colegios los Derechos Humanos, para crear en las conciencias del estudiante el profundo respeto a tales derechos como una contribución a la paz.

- 5.— Pedir intervención más dinámica a las Naciones Unidas, medidas eficaces para preservar los Derechos Humanos, y que imponga sin dilaciones a sus violadores las sanciones contempladas en su Carta.
- 6.— Tomar acción ante las Naciones Unidas y por su conducto a los miembros de ellas, para que los Derechos Humanos sean elevados a la jerarquía de derechos constitucionales, en los países americanos.

*
* * *

PONENCIA

Ponente: *Lic. Lauro Hermógenes Velázquez de León*

Aprobado en Sesión Plenaria de 10 horas del 11 de setiembre de 1975.

Se recomienda:

Que se cree una comisión dedicada a estudiar la *prisión preventiva* y la libertad provisoria en la nueva Legislación Procesal Penal.

El dictamen de la Comisión deberá estar listo en un plazo no mayor de seis meses, a partir de su nombramiento y será conocido por la Asamblea General del Colegio de Abogados.

Antecedente:

Moción:

Para que se agregue un párrafo a la recomendación que diga:

El dictamen de la Comisión será conocido por la Asamblea General del Colegio de Abogados. Deberá estar listo en un plazo no mayor de seis meses a partir de la fecha de su nombramiento.

f) *Eduardc Sancho.*

*
* *

PONENCIA

Ponente: *Lic. Julio Caballero Aguilar*

Aprobada en sesión plenaria de 10 hrs. del 11 de setiembre de 1975.

Que se integre una comisión para que, dentro del término de seis meses, rinda un informe sobre el siguiente proyecto y sus implicaciones, informe que tendrá que ser conocido por la Asamblea del Colegio de Abogados.

*
* *

PONENCIA

Ponente: *Lic. Víctor Manuel Obando*

Aprobada en sesión plenaria de 10 hrs. del 11 de setiembre de 1975.

Recomendar la creación de un Instituto de Criminología como Sección del Organismo de Investigación Judicial, en el seno del Poder Judicial, nombrándose de inmediato una comisión de Jueces, profesores y abogados especializados en Ciencias Penales para que laboren en el proyecto respectivo.

*
* *

PONENCIA

Ponentes:

Dr. Luis Paulino Mora Mora
Lics. Edgar Amador Madriz
Edgar Villalobos Torrens
Mario Houed Vega
Gilbert Bonilla Meléndez

Aprobado en sesión plenaria de las 10 hrs. del 11 de setiembre de 1975 lo siguiente:

- 1) Dirigirse a la Corte Suprema a fin de que promueva la reforma del artículo 426 Código de Procedimientos Penales, párrafo 1, para que se lea así:

“Artículo 426.—La sentencia será recurrible conforme a las normas comunes”.

El segundo párrafo quedará igual.

- 2) Recomendar a la Corte Suprema que estudie la posibilidad de que los delitos menores, contravenciones y faltas sean conocidas por Tribunales Colegiados o en su defecto que se establezca la doble instancia.
- 3) Recomendar a la Corte Suprema que se proceda al estudio del sistema de Defensores Públicos para mejorar la situación laboral de los Defensores, así como para incrementar su número.

*
* *

PONENCIA

Ponente: *Lic. Víctor Ml. Obando Segura*

Aprobado en sesión plenaria a las 10 hrs. del 11 de setiembre de 1975 lo siguiente:

Recomendar a la Asamblea Legislativa la reforma del Art. 10. del Código de Procedimientos Penales, para que se lea así:

“La acción civil deberá ser ejercida por el Ministerio Público, cuando el titular de la acción sea incapaz de hacer valer sus derechos y no tenga quién lo represente, sin perjuicio de la intervención del Patronato Nacional de la Infancia, en los casos en que ésta proceda. También deberá ser ejercida cuando el titular acredite estado de pobreza y expresamente delegue su ejercicio en el Ministerio Público. En estos casos, los demandados sólo podrán oponerse en el debate”.

*
* *

PONENCIA

Ponente: *Licda. Violeta Madrigal Mora*

Reforma del párrafo final del artículo 195 del Código de Procedimientos Penales.

Considerando:

Que el artículo 195 párrafo final, expresa: "el sumario será siempre secreto para los extraños, con excepción de los abogados que tengan algún interés legítimo" y que ese párrafo es innecesario por dos motivos: Primero: porque todo abogado por el hecho de serlo y estar en el ejercicio de su profesión, tiene como condición inherente a la misma, un interés legítimo en estudiar cualquier expediente, que se encuentre en los Tribunales de Justicia, ya que en el caso de no ser abogado de ninguna de las partes, tiene el interés legítimo de estudiar el caso, no con un deseo morboso de recrearse con las flaquezas humanas, sino él muy humano y digno de encomio de aprender este nuevo sistema que a todos nos ha tomado de sorpresa en el aspecto práctico, aunque desde luego, muchos distinguidos colegas, lo conocen en forma perfecta, en teoría.

Y no puede ser, el fundamento de resguardar el derecho humano del indiciado de no ser hurgado, en su miseria moral por personas extrañas, incluyéndonos a los abogados, lo que motivó esa reforma, cuando de acuerdo con el artículo 359 del mismo Código, llegará un momento en el proceso, en que se permitirá al público, en forma casi indiscriminada, el acceso a la sala de audiencias, a presenciar al indiciado, sentado en el banquillo de los acusados.

Segundo: Que el párrafo "será siempre secreto para los extraños" no es necesario ya que de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 9 se establece que sólo podrán ver los expedientes, los estudiantes de derecho, o las personas autorizadas por la ley o sea de acuerdo con el artículo 140 de la misma ley, "los abogados, bachilleres en leyes o procuradores que estén ejerciendo su profesión con derechos adquiridos o los estudiantes de derecho, debidamente identificados.

Por lo tanto, se acuerda:

Solicitar a la Corte Suprema de Justicia que, en lo posible, aune criterios entre los funcionarios judiciales, en el sentido de que los abogados siempre tienen un interés legítimo para solicitar el sumario, de acuerdo con el artículo 195 párrafo último del Código de Procedimientos Penales, o sea cuando se haya recibido la indagatoria del imputado.

"El sumario será siempre secreto para los extraños, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Este agregado del último párrafo es de la Licda. Violeta Madrigal, Licda. Liliana García, Dr. Víctor Pérez y Dr. Enrique Castillo.

*
* *
PONENCIA

Ponente: *Lic. Jorge Muñoz Fonseca*

Aprobado en sesión plenaria de 10 hrs. del 11 de setiembre de 1975 lo siguiente:

1.—En aras de la defensa de los derechos humanos, y de la intimidad y personalidad individual, se sugiere la creación de un Tribunal ad-honore permanente de juristas, adonde se puedan dirigir las organizaciones, agrupaciones, entidades y personas a quienes les fueren conculcados estos derechos, y por su conducto hacer llegar todas las reclamaciones a la comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas. Esta organización aplicará las sanciones pertinentes contenidas en la Carta de las Naciones Unidas. Para ese efecto, la Junta Directiva del Colegio de Abogados oportunamente presentará el proyecto de Ley respectivo a la Asamblea Legislativa.

2.—Incluir en el proyecto de Ley anterior la creación de una oficina, instructora, que se encargará además de darle publicidad a las resoluciones del Tribunal.

3.—Concreta y específicamente o en forma enunciativa indicar los derechos de intimidad, para añadir al Capítulo de garantías individuales de la Constitución Política, por la vía de la reforma parcial de la Constitución, dicha declaración y concretación.

4.—Solicitar al Poder Ejecutivo que difunda sistemáticamente en las Universidades y Colegios los Derechos Humanos, para crear en las conciencias del estudiantado el profundo respeto a tales derechos como una contribución a la paz.

5.—Solicitar al Poder Ejecutivo que pida intervención más dinámica a las Naciones Unidas, medidas más eficaces para preservar los Derechos Humanos, y que imponga sin dilaciones a sus violadores las sanciones contempladas en su carta.

6.—Solicitar al Poder Ejecutivo que tome acción ante las Naciones Unidas y por su conducto a los miembros de ellas, para que los Derechos Humanos sean elevados a la jerarquía de derechos constitucionales, en los países americanos.

7.—Que en Centro América, debe establecerse la Institución del alto comisionado o procurador general de derechos humanos, con sede en Costa Rica actuando como Juez de la Corte de Justicia Centroamericana de Derechos Humanos a fin de conocer los casos y denuncias de violadores de los Derechos Humanos.

*
* *

PONENCIA

Ponente: *Lic. Víctor Ml. Alfaro Arroyo*

Aprobado en sesión plenaria de 10 horas del 11 de setiembre de 1975.

Para que se haga una excitativa a la Directiva del Colegio de Abogados, a la Directiva también de la Unión Costarricense de Abogados y a la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que se hagan los estudios necesarios tendientes a lograr la atracción de profesionales en Derecho para el desempeño de los cargos de jueces y alcaldes, sugiriendo elevar al máximo posible, el salario para los que ostentan título únicamente. Razones: Es denigrante para el profesional estar sometido a legos en Derecho, aparte de que la Justicia sufre serios quebrantos.

COMISION

NOTARIADO. LAS SUCESIONES

RADICADAS ANTE NOTARIO

... y en el momento del fallecimiento de la persona fallecida, el patrimonio de la misma se divide en partes iguales entre los herederos legítimos, salvo lo dispuesto en el testamento o en el contrato de matrimonio. En caso de no haber herederos legítimos, el patrimonio de la persona fallecida se divide en partes iguales entre los herederos testamentarios o legatarios.

2.—Que la Jurisdicción voluntaria —connotación dada en los países que integran la Unión Internacional del Notariado Latino— en contraposición a la jurisdicción contenciosa, es aquella llevada a solicitud de una o más partes que coinciden y concuerdan en sus pretensiones. El juez o quien ejerza la función, mediante actitud pasiva no decisoria, comprueba la realización de las formalidades del acto y de la ley o simplemente le da autenticidad al acto. Los actos de

Acta de deliberación:

La Comisión que estudió el tema “Las sucesiones radicadas ante Notario” se constituyó con la participación de estimables colegas, estando dirigida por el Lic. Rodrigo Odio en su calidad de Coordinador y por el Lic. Walter Antillón, como Relator.

Le presentaron a consideración de la Comisión los siguientes trabajos: Ponencia del Dr. William R. Muñoz y del Lic. Eliseo Rodríguez y ponencia o estudio del Lic. Walter Antillón, siendo aprobados por unanimidad e íntegramente.

Considerando:

1.—Que la competencia Notarial es el marco del poder atribuido al Notario y deriva del Artículo 1 de la Ley Orgánica del Notariado Vigente, como norma sustancial que adecuía a un hecho jurídico-objeto —una aptitud funcional— sujeto. En general se divide la competencia civil en contenciosa y voluntaria y esta última en judicial y notarial. Esta está caracterizada por regir a las relaciones de los derechos en la normalidad, se desempeña en la paz, no en la contienda. Desde otro aspecto, la competencia notarial se divide en: competencia por razón de las personas (Art. 21 Ley Orgánica del Notariado = L.O.N.), por razón de la materia (Art. 1. L.O.N.) y por razón del territorio (Art. 17 L.O.N.).

2.—Que la Jurisdicción voluntaria —connotación dada en los países que integran la Unión Internacional del Notariado Latino— en contraposición a la jurisdicción contenciosa, es aquella llevada a solicitud de una o más partes que coinciden y concuerdan en sus pretensiones. El juez o quien ejerza la función, mediante actitud pasiva no decisoria, comprueba la realización de las formalidades del acto y de la ley o simplemente le da autenticidad al acto. Los actos de

También existe la regla "locus regit actum" para el matrimonio celebrado por extranjeros fuera de Costa Rica, según lo dispone el artículo 9 *ibídem*, que dice literalmente:

"Artículo 9.—El matrimonio contraído fuera de Costa Rica por extranjeros, con arreglo a las leyes del país en que se celebre, surtirá todos los efectos civiles del matrimonio legítimo, siempre que no esté comprendido en los matrimonios que son legalmente imposibles".

En Costa Rica son matrimonios imposibles, conforme lo dispone el artículo 14 del Código de Familia, los siguientes: "1) De la persona que esté ligada por un matrimonio anterior; 2) Entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad. El impedimento no desaparece con la disolución del matrimonio que dio origen al parentesco por afinidad; 3) Entre hermanos consanguíneos; 4) Entre el adoptante y el adoptado y sus descendientes; los hijos adoptivos de la misma persona; el adoptado y los hijos del adoptante; el adoptado y el ex-cónyuge del adoptante; el adoptante y el ex-cónyuge del adoptado; 5) Entre el autor, coautor o cómplice del delito de homicidio de uno de los cónyuges y el ex-cónyuge sobreviviente; y 6) Entre personas de un mismo sexo".

II. Como puede apreciarse de la lectura de los textos transcritos en el numeral anterior, el principio "locus regit actum" es obligatoria en las hipótesis del artículo 7 del Código Civil (interpretación, etc.), salvo que los contratantes fueran de una misma nacionalidad, diversa de la del lugar donde el acto se celebró. Pero es facultativo en lo que se relaciona con las hipótesis del artículo 8 *ibídem* ("forma y solemnidades de un contrato o de un acto jurídico"), siempre que no se trate de un caso en que la ley costarricense imponga el uso de instrumento público, pues entonces, sea cual fuere lo que disponga al respecto la ley extranjera, se admitirán únicamente los documentos públicos que reúnan los requisitos del artículo 271 del Código de procedimientos civiles, a saber:

- "1) Que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país en donde se hayan verificado los actos y contratos;
- 2) Que la firma del funcionario expedidor esté debidamente autenticada".

También vimos que el principio "locus regit actum" es obligatorio para el matrimonio celebrado fuera de Costa Rica por extranjeros, salvo que según nuestra propia ley (Artículo 14 del Código de Familia) fuera legalmente imposible.

III. Si conforme al derecho de su país el agente diplomático tiene funciones de notario por disposición de ley, aún sin tener el título de tal, y está facultado para autorizar actos celebrados por nacionales del país donde ejerce sus funciones, destinados a surtir efectos en ese mismo país, en principio parece posible la aplicación, en tales casos, del principio "locus regit actum", en los términos y con las limitaciones indicadas en los numerales anteriores, y basándose en la ficción de la extraterritorialidad de la sede, pues no conocemos ninguna prohibición al respecto. Sin embargo nos parece que la hipótesis es muy improbable, pues no creemos que ningún país autorice a sus funcionarios diplomáticos para lo que habría que considerar una forma irregular del ejercicio de sus funciones, que se prestaría a maniobras elusivas de las formalidades prescritas por la ley costarricense; constituyendo además, en el fondo, un ejercicio de la actividad notarial en concurrencia con los funcionarios autorizados en el país.

IV. El notario costarricense no está autorizado para ejercer sus funciones fuera del territorio nacional, según lo prescribe el artículo 17 de la Ley Orgánica de Notariado, a contrario sensu. Cuando se trata de autorizar actos fuera de Costa Rica, la función viene desempeñada por nuestros funcionarios diplomáticos y consulares. Artículo 95 *ibídem*.

V. El artículo 8 del Código Civil arriba transcrito habla de "forma y solemnidades externas", con lo que se plantea la duda acerca de si dicha locución alude a dos fenómenos que deben separarse conceptualmente, o bien contiene meramente dos expresiones de un fenómeno único, a saber, la forma del acto.

Creemos que primero conviene indicar que, a nuestro juicio, las hipótesis del artículo 8 referido no comprenden los actos procesales, disciplinados más bien por el principio de la "lex fori" según lo disponen el artículo 314 del Código de Bustamante y otros textos que posteriormente veremos; de manera que no podrá sostenerse que la forma del acto significa "el procedimiento" en cualquiera de sus acepciones. Más bien por forma debe entenderse, en el contexto del artículo citado, el modo de manifestación de la voluntad del autor del acto jurídico (forma oral o escrita, por ejemplo) y su inserción junto con otros actos (de la otra parte, del notario, de los testigos) para formar una figura compleja, etc.

Ahora bien, debe distinguirse entre la forma interna (o estructura) del acto, y sus formalidades o "solemnidades" externas, y con ello adherimos a la tesis de la separación conceptual en la exégesis del artículo 8 de comentario. Porque, en efecto, mientras que la forma interna es el modo constitutivo del acto, que permite identificarlo frente a otros y responde racionalmente a su contenido y fines, la solemnidad externa no sería otra cosa que una cierta modalidad de

documentación del acto sujeta a una fórmula sacramental, o una sucesión de fases, documentadas o no, que guardan un orden preestablecido e inalterable, so pena de nulidad. Y tenemos entonces que los requisitos objetivos que demuestran la existencia del acto y, entre ellos, la escritura, son "solemnidades externas", lo mismo que la secuencia de las manifestaciones documentadas, la concurrencia de un cierto número de testigos, etc.

En derecho costarricense tenemos el caso de la donación de inmuebles o la de muebles de cierto valor, que debe hacerse en escritura pública (Artículo 1397 Código Civil); y el caso del testamento abierto, que requiere la escritura pública, un número mínimo de testigos y una serie de actos en secuencia, bajo pena de nulidad (Artículo 583 a 585 *ibidem*).

VI. Como hemos visto, el principio "locus regit actum" se aplica en derecho costarricense en lo que atañe a la validez y nulidad de las formas o solemnidades externas del acto jurídico, todo de acuerdo con lo que disponen los artículos 835 y 836 del Código Civil, que en lo conducente dicen:

"Artículo 835.—Hay nulidad absoluta en los actos o contratos: . . . 2) Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de las personas que en ellos interviene . . ."

"Artículo 836.—Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos: . . . 2) Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes: . . ."

En cuanto a los actos "in fraudem legis", en términos generales deberán considerarse nulos en atención al propósito ilegal que persiguen (Artículo 631, inciso 2 del Código Civil); pero si se trata de actos realizados en el extranjero para no observar ciertas solemnidades extrínsecas que impone la ley local, habría que considerarlos válidos en la medida en que cumplen las formas prescritas en la ley del lugar de su formación, puesto que nuestro legislador, sancionando el principio "locus regit actum", ha otorgado valor a las formas prescritas en otros estados, y por consecuencia ha establecido una especie de fungibilidad de las formas que las partes pueden usar en su beneficio.

VII. Cuando existe duda acerca del lugar de otorgamiento del acto no parece que se pueda invocar el principio que nos ocupa, y

entonces las formalidades del acto o contrato deberán someterse necesariamente a la ley costarricense o, en su caso, a la del lugar de ejecución.

El contrato entre ausentes se regula, en cuanto a su forma, por la ley del país en que fue documentado. Si no se produjo documentación del acto parece razonable aplicar, por su orden, la ley del lugar señalado para su ejecución y la ley costarricense, caso de no tener ejecución en Costa Rica.

Se presenta finalmente la situación de un negocio jurídico realizado en etapas que vienen documentadas y firmadas por todas las partes en países distintos. Y también aquí pueden darse distintas soluciones: a) Si es posible identificar, entre las diversas etapas, las preparatorias de las conclusivas, y éstas de las complementarias, parece lógico sostener que las formas del acto deberán regirse por la ley del lugar donde se produjo su conclusión, a fin de otorgarle la mayor estabilidad posible, dado que las irregularidades formales en la fase preparatoria o en la complementaria muy difícilmente afectarían la validez del negocio.

b) Si las diversas fases de formación del negocio tienen igual rango y han tenido lugar en países distintos, cada una de ellas se regulará, en cuanto a su forma, por la ley del lugar en que se realizó.

VIII. El principio "locus regit actum" no se aplica a las formas llamadas "habilitantes" o "viscerales"; porque en rigor no se trata aquí de verdaderas formas, sino de actos jurídicos completos en sí mismos, concurrentes con el acto principal, puesto por la ley como condiciones para su validez o integradores de su eficacia (autorizaciones, apropiaciones, etc.). Todo parece deberse más bien a un equívoco provocado por el nombre "forma habilitante", que deberá ser sustituido por el de "acto habilitante" para indicar así su verdadera fisonomía.

IX. Tratándose de inmuebles situados en Costa Rica rige la ley costarricense (*lex rei sitae*) para toda clase de actos, tanto en cuanto a su forma como a su sustancia. Artículos 4 y 5 del Código Civil.

Nuestro sistema sólo tiene una regla expresa en materia de publicidad de los actos, en cuya virtud no se aplica el principio "locus regit actum" cuando el uso de instrumento público viene prescrito. Para el resto de los casos rige la norma general del artículo 8 citado, puesto que la publicidad del acto viene a ser una modalidad de su manifestación.

Ahora bien, cuando se trata de mecanismos de difusión del acto encaminados a que éste afecte intereses de terceros en el territorio nacional, el acto no surtirá efectos mientras esa difusión no venga asegurada a través de los sistemas de publicidad prescritos por nuestra ley (publicidad registral, anuncio en el diario oficial, etc.)

X. El problema de las calificaciones se resuelve en derecho costarricense por lo que dispone el artículo 6 del Código de Bustamante:

“Artículo 6.—En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3”.

Así, en materia de bienes raíces la calificación sigue la “lex rei sitae” (Artículo 112 del Código de Bustamante) de modo que al respecto nos atenemos a la definición contenida en los artículos 254 y 255 del Código Civil, cuyo texto dice:

“Artículo 254.—Son inmuebles por naturaleza: 1) Las tierras, edificios y demás construcciones que se hagan en la tierra. 2) Las plantas mientras estén unidas a la tierra, y los frutos pendientes de las mismas plantas”.

“Artículo 255.—Lo son por disposición de la ley: 1) Todo lo que esté adherido a la tierra, o unido a los edificios y construcciones, de una manera fija y permanente. 2) Las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles”.

También los documentos son públicos o privados según los califique como tales la ley costarricense (Doctrina del artículo 8, segundo apartado, Código Civil), que para el caso es el propio Código Civil en sus artículos 732 y 733:

“Artículo 732.—Son documentos públicos aquellos que han sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones...”

de “Artículo 733.—Es instrumento público la escritura otorgada ante el Notario o Cartulario y los correspondientes testigos instrumentales. El Cartulario o Notario debe estar legalmente autorizado para el otorgamiento de la escritura conforme se establece en la Ley Orgánica del Notariado...”

XI. Si en el lugar en que se celebró rige la libertad de formas, pero no en Costa Rica, aquel acto podría siempre alcanzar validez en nuestro país, dentro de los límites del artículo 8 citado, sea cual fuere la forma que concretamente hubiera asumido, porque también aquí tendría aplicación el principio “locus regit actum”.

No se aplicará dicho principio en el caso ya recordado de que la ley costarricense exija instrumento público, como vimos ocurre con el testamento abierto y con la donación.

XII. Cuando el acto jurídico se celebra entre extranjeros que pertenecen a estados diferentes, se aplica asimismo el principio “locus regit actum”, sin que obste para ello la diversa nacionalidad de los otorgantes ni su condición de extranjeros en el lugar de celebración, porque ni una ni otra circunstancias son tomadas en cuenta por nuestra ley para acordar o no la vigencia de aquel principio.

XIII. No consagra la ley costarricense la libre disponibilidad de la forma de los actos jurídicos por sus otorgantes, sino que dichos actos deberán necesariamente adecuarse a la ley del Estado en que el acto se celebró; o a la del Estado en que deban cumplirse las obligaciones derivadas del acto; o a la del Estado costarricense, de conformidad al artículo 8 del Código Civil. En consecuencia no sería válido en Costa Rica el acto cuya forma o solemnidades externas no sean las prescritas por alguno de los tres sistemas legales enumerados, por mucho que ambas partes hayan estado de acuerdo en la elección del régimen que disciplina las formalidades del acto. Este podría sin embargo ser válido y eficaz si la forma elegida coincide con alguna de las mencionadas, lo cual es muy posible que ocurra en la práctica, dada la esencial homogeneidad de los sistemas latinos.

El proceso sucesorio radicado ante notario:

1. De acuerdo con las normas establecidas por el Código de Bustamante, la sucesión mortis causa se rige por la ley personal del causante (Artículo 144), pero el juicio sucesorio se radica en el país donde estuvo su último domicilio (Artículo 327).

Dentro de esta última línea el artículo 515 del Código de Procedimientos Civiles dispone lo siguiente:

“Artículo 515.—Si un costarricense o extranjero domiciliado fuera de la República dejare bienes en ésta, y si en el lugar de su domicilio se hubiere seguido el juicio de sucesión, serán válidas aquí las adjudicaciones, transmisiones y demás actos legales hechos en el domicilio de la sucesión, conforme a las leyes del lugar por quienes allí tengan derecho de hacerlos; pero deberá el interesado hacer previo el exequátur de ley, que Tribunales de la República llamen por edictos y con un término de tres meses, a quienes según las leyes del país pudiera perjudicar la adjudicación, transmisión o acto realizado en el domicilio de

la sucesión. Si transcurrido ese término nadie se presentare, o si la oposición fuere desestimada y una vez pagados los impuestos de beneficencia y de educación, previo avalúo de bienes hecho de acuerdo con la ley respectiva, el Juez dictará resolución por la que se apruebe la adjudicación, trasmisión o acto realizado en el extranjero y si se tratare de inmuebles o créditos hipotecarios, mandará inscribirlos con tal que las leyes especiales sobre Registro de la Propiedad estén observadas. Los edictos de que habla este artículo se publicarán por tres veces con intervalos no menores de ocho días . . .”

2. De lo anterior podemos observar que la norma transcrita establece: a) las condiciones de validez de los actos realizados en el extranjero; y b) el procedimiento a seguir en Costa Rica para la aprobación de los mismos con perjuicio de terceros radicados en nuestro territorio.

A) De acuerdo con esta disposición, tienen validez en Costa Rica las adjudicaciones, transmisiones “y demás actos legales”, “realizados conforme a las leyes del lugar por quienes allí tengan derecho a hacerlos”, lo cual significa un reconocimiento de que los procedimientos y la competencia para seguirlos dependen de la ley del lugar donde el juicio deba tramitarse (*lex fori*). Y de ahí se desprende sin forzamientos que si de acuerdo con la “*lex fori*” el funcionario competente para llevar a cabo los actos del juicio sucesorio es el notario competente para llevar a cabo los actos del juicio sucesorio es el notario, dichos actos tienen plena validez en Costa Rica, si se observa el siguiente procedimiento:

1) Obtención del exequátur, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1022, 1024 y concordantes del Código de Procedimientos Civiles;

2) Publicación, por parte del Juez Civil competente, de tres edictos con intervalos no menores de ocho días, llamando a quienes pudieran ser perjudicados por la adjudicación, a fin de que, dentro de los tres meses siguientes a la primera publicación, se apersonen a hacer valer sus derechos;

3) Avalúo de los bienes objeto de la adjudicación;

4) Pago de los impuestos sucesorios correspondientes;

5) Aprobación de la adjudicación por el Juez y sucesiva inscripción registral, si procediere.

B) Sin embargo, la validez de los actos realizados por el notario dentro del juicio sucesorio no estaría seguida por su eficacia, mientras no se lleve a cabo el procedimiento arriba descrito, y mientras dentro del mismo no se produzcan oposiciones de presuntos interesados; las cuales tendrían que ser ventiladas por medio del juicio ordinario, o juicio de cognición plenaria, conforme a lo que dispone el artículo 186 del Código de Procedimientos Civiles.

En efecto, el exequátur otorgado por nuestra Sala de Casación (Artículo 1020 *ibidem*) al acto de adjudicación de los bienes dictado por el Juez o el Notario extranjero, confiere validez jurídica a todo el procedimiento antecedente; pero su eficacia se mantiene suspendida mientras no se agoten los actos descritos en el artículo 515 citado, porque se entiende aplicable aquí el principio de que los procedimientos seguidos ante autoridades de países extranjeros no perjudican a los nacionales, a menos que hubieran sido específicamente citados; pero tales citaciones específicas no son practicables en materia de procedimientos sucesorios, pues la naturaleza misma del fenómeno de sucesión mortis causa impide estar seguro de conocer a la totalidad de los eventuales intereses. De ahí, entonces, que los juicios sucesorios radicados ante notario extranjero deban considerarse válidamente seguidos en la medida en que encuentren en un todo conformes con las normas del lugar donde fueron tramitados, pero su eficacia se producirá sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

*
* *

Ponencia:

Dr. William R. Muñoz
Lic. Eliseo Rodríguez

I Generalidades y ubicación del tema.

La función notarial hace al Organo —Notario—, a su imagen y semejanza, como resultado de las necesidades que la sociedad le otorga, por ser el medio más idóneo para lograr los valores superiores del Derecho: Seguridad y Justicia.

II La competencia notarial.

La palabra competencia deriva de *cum* (con) y *petere* (dirigirse a, pedir) es una facultad en potencia que da idoneidad al resultado primordial, en el caso concreto al acto notarial.

Consiste en la capacidad atribuida al Notario, y deriva de la Ley, en nuestro Ordenamiento Jurídico, en la disposición del Artículo 1º de la Ley Orgánica del Notariado vigente, que señala que

“La persona autorizada para ejercer el Notariado tiene fe pública cuando hace constar un acto jurídico o un contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos puramente civiles, en los límites que la Ley señala a sus atribuciones, y con observancia de los requisitos que ella exige”.

Es decir que la ley y la norma pre-inserta adecúa a un hecho jurídico —objeto— una aptitud funcional —sujeto—.

No vamos a entrar a considerar la competencia en relación con la actividad jurisdiccional de un órgano del Estado.

A) *División:*

Se divide la competencia jurisdiccional o judicial en voluntaria o notarial. La primera se refiere al órgano judicial que conociendo un proceso en litigio —merced a un hecho anormal— decide mediante sentencia. La competencia voluntaria se origina en la voluntad de los individuos, rige las relaciones de “los derechos en la normalidad” al decir de Monasterio Galí. Se desempeña en la paz, no en la contienda; no en la litis sino conciliando. “Notaría habierta Juzgado Cerrado”, dice un axioma jurídico —notarial, que contrapone y deja claras las naturalezas de una y otra.

Por supuesto la competencia notarial se da dentro de la dimensión del documento, como resultado principal y fundamental de la función notarial.

Desde otro ángulo la Competencia Notarial se divide en: a.—Competencia por razón de las personas regulada por el artículo 21 de la Ley Orgánica del Notariado; b.—Competencia por razón del territorio, establecida por el artículo 17 de la misma Ley Orgánica y c.—Competencia por razón de la materia, regulada por el artículo 1º de la susodicha ley supra transcritto.

B) Nos interesa para estos efectos la primera. Ahora bien, existen dos métodos para determinarla: a) por exclusión y b) por inclusión. El primero que, siguiendo a nuestra ley, establece que el Notario tiene competencia para aquellos actos que tengan por objeto asegurar o hacer constar derechos puramente civiles... y el segundo sería para el caso de que nuestra ley, por ejemplo señalara genéricamente el acto privado. Incluiríamos en consecuencia a todos aquellos actos privados que tengan interés jurídico, que regulen derechos subjetivos particulares —patrimoniales (económicos) o no (derecho de familia) entre vivos o por causa de muerte, o en hechos jurídicos. Ese interés jurídico puede ser del Estado o de los individuos.

III *La jurisdicción voluntaria.*

Jurisdicción viene de iudicatio. Da la idea de potestad de declarar el Derecho.

Desde un ángulo procesalista, significa “el poder o facultad de administrar justicia en el caso de litigio”.

Se distingue entre jurisdicción contenciosa —aquella en que por existir desacuerdo se tiene que someter a un juez para su decisión— y en voluntaria, —aquella llevada a solicitud de una o más partes que coinciden y concuerdan en sus pretensiones. El Juez o quien ejerza la función, mediante actitud pasiva —no decisoria— comprueba la realización de las formalidades del acto y de la ley o simplemente le da autenticidad al acto.

Los actos de jurisdicción voluntaria han sido —por razones históricas— atribuidas a los Jueces y no obstante ser diversas las fases del proceso civil Romano: in-iure e in iudicio.

IV) *Los actos de Jurisdicción voluntaria en Poder del Cuerpo Notarial:*

Ha sido y es aspiración de la Unión Internacional del Notariado Latino —verdadero esfuerzo trasnacional para el estudio del Derecho Notarial— tanto en sus Congresos Internacionales y Encuentros Americanos, que los actos de jurisdicción voluntaria engrosen la competencia por razón de la materia del Notario: por ejemplo el Primer Congreso, celebrado en Buenos Aires, en 1948; el IV Congreso, celebrado en Río de Janeiro en Octubre de 1956; el VIII Congreso celebrado en México celebrado en octubre de 1965, amén de otros Encuentros Internacionales Americanos.

V) *Las sucesiones deben radicarse ante el notario.*

Las sucesiones, como mutación jurídica y real de la titularidad del dominio del patrimonio de un sujeto a otro u otros, como acto mortis causa, puede ser intestada o legítima y testamentaria ambas reguladas por la legislación civil.

El objeto principal es comprobar la calidad del heredero y luego establecer el pasivo, el cual pagado, lo sobrado será distribuido entre los herederos.

Se ha dicho que el sucesorio no se trata propiamente de un juicio, porque éste supone la existencia de una controversia y ello no existe sino sólo cuando los interesados disienten respecto de su vocación hereditaria y de la forma de partición, y si no existe esa controversia, es indiscutible que se enmarcará dentro de los actos de jurisdicción voluntaria y su conocimiento tal y como lo hemos manifestado será de competencia de los notarios. Es conveniente mencionar además que la existencia de menores de edad o de incapaces será motivo suficiente para que la función notarial no conozca las sucesiones.

El procedimiento será determinado por una regulación legislativa de conformidad con las características y especiales circunstancias de cada ordenamiento jurídico nacional.

En nuestro medio —sin perjuicio de ahondar en otra oportunidad— consideramos que en virtud del llamado legajo de referencias o más técnicamente Protocolo de Referencias, el Notario coleccionará ordenadamente todos y cada uno de los documentos que acrediten las calidades de herederos, titularidad de bienes y previa publicación de la comparecencia de herederos, pago de mandas sucesorias, sin la existencia de menores, ni incapaces, ni controversia alguna, señalándose plazos cortos, regulándose asimismo el trámite de declaratoria de herederos, avalúos, aseguramiento de bienes, legalización de créditos de acreedores, el notario costarricense podrá conocer de las sucesiones, integrándose con ello la competencia notarial y logrando un triunfo el cuerpo gremial.

No omitimos manifestar que con lo anterior lograríamos además un descongestionamiento en los Tribunales y celeridad para los interesados.

La Comisión de Derecho Comercial acordó convertir las partes considerativas de la Ponencia del Dr. Fernando Mora, en estudio científico base, para la discusión de la Comisión, en vista de que tales consideraciones, si bien fueron concebidas como mera exposición de motivos de la Ponencia misma del Dr. Mora, son un estudio ya muy completo de los problemas básicos que pueden aportarse en una reforma total de nuestra legislación sobre Sociedad Anónima.

COMISION

REFORMA DE LA SOCIEDAD ANONIMA

PONENCIA

Ponente: *Dr. Fernando Mora*

Recomendación a la Asamblea Legislativa para reformar totalmente la legislación sobre S. A.

Considerando que:

I.—El Derecho comercial de hoy en día —es un hecho plenamente admitido y que la realidad corrobora— no es ya el Derecho de los actos subjetivos de comercio, ni tampoco el Derecho de los actos objetivos de comercio, sino el Derecho de las empresas económicas organizadas. Dicho en otras palabras, en un cierto sentido el Derecho comercial de hoy en día es el Derecho de las relaciones económicas privadas que, por otra parte, ya no se dan sino a través de esas unidades básicas de la economía que denominamos *empresas*. Esos centros de organización de los factores de la producción, células primarias de la economía, dominan prácticamente en nuestro medio nacional —como por otra parte la dominan también en casi todas las latitudes— toda la producción de bienes o servicios que se dirige al mercado (tanto la de transformación de materia prima en producto semielaborado o producto final, como aquella que se dedica a la elaboración del producto final a partir de elementos semielaborados) así como toda la actividad de intermediación o cambio de los bienes o servicios mismos. Para decirlo en palabras pobres, en el medio nacional, quien no produce sus bienes de consumo o no provee a sus propias necesidades de servicios, no los adquiere tampoco de manera directa sino que los adquiere del intermediario: aun en los más remotos rincones del país, el consumidor adquiere los bienes que necesita, del pulpero. Es pues, en mi criterio, un hecho evidente, que la relación mercantil real en nuestro país, se fundamenta no en la realización de los que la doctrina —sin poder dar una definición uniforme— ha llamado desde la época de las Ordenanzas Colbert— Luis XIV, actos objetivos de comercio —cara expresión para el movimiento *igualizador* de la Revolución Francesa y para Napoleón—, sino en el concepto central del fenómeno económico que hoy día regula: la empresa económica organizada, realizadora de una actividad masiva. Claro está, también que en los sistemas que podríamos llamar capitalistas —como medio de denominar los sistemas que no pertenecen al *pool* de los países de economía socializada, el Derecho regula solamente algunos aspectos de la empresa económica, algunos “perfiles”, para decirlo con Asquini, mientras

ACULTAD DE DERECHO
FACULTAD DE ECONOMÍA Y RICA
UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO

que en los países socialistas, en cambio, prácticamente todos los elementos de la empresa económica son regulados por el ordenamiento jurídico. Efectivamente, en los países del sistema capitalista, el ordenamiento suele regular el perfil subjetivo de la empresa, es decir, el empresario; el perfil objetivo, o sea la hacienda mercantil; el perfil funcional, o sea a la empresa como actividad empresarial (regulación de los distintos medios humanos de hacer *funcionar* la empresa), y el perfil corporativo, sea la empresa como organización de capital y trabajo o, mejor dicho, como propietarios trabajadores coordinados. En consecuencia la noción básica de la cual debemos partir en este estudio es la de empresa desde que la empresa es la célula básica de la economía.

II.—Por otra parte, no interesándonos propiamente el concepto de empresa, pues no es ese concepto el que deseamos analizar, simplemente debemos establecer un concepto más o menos universal que nos permita tener un punto de partida. Digamos que la empresa es la organización de los factores de la producción, para la producción de bienes o servicios para un mercado, o para el cambio de bienes o servicios. Este amplio concepto, al no tener dentro de sus elementos el factor lucro, permite una aplicación tanto al sector público como al privado.

Además, es conveniente establecer que el concepto de empresa, como concepto básico de toda economía, ha sido particularmente estudiado por la ciencia económica dentro del sistema de la economía liberal —cuyo apogeo fue el siglo pasado, el siglo de la revolución industrial— y que marcó el paso de la economía artesanal a la fase de las grandes concentraciones de capital y de trabajo modernas (gran industria, para comercio, grandes organizaciones bancarias y de seguros, etc.)

Sin embargo —debemos insistir— la empresa es la célula básica de cualquier tipo de economía. A propósito resulta altamente valiosa la afirmación de Reghizzi (*L'impresa nel diritto sovietico*, Cedam, Padova, 1969, 52): “También el legislador soviético de 1965 debió tomar en cuenta, aunque rechazando formalmente la autonomía de un sistema subjetivo de derecho económico o comercial, la posición dominante que la empresa comercial ocupa en cualquier ordenamiento jurídico: sobre todo en los ordenamientos de tipo socialista, en los que la empresa es tomada en consideración principalmente como sujeto de derecho, . . . También en estos ordenamientos se ha debido reconocer a la empresa pública el derecho a un status y a una disciplina diversos de aquellos de las otras personas jurídicas”.

III.—En consecuencia es necesario que reconozcan que, según sea diverso el régimen ideológico-político en que se esté, lo único que cambia es el ordenamiento jurídico. En el sistema de la economía liberal la iniciativa privada en la empresa está sujeta solamente a las leyes naturales del mercado, mientras el Estado se reserva esencialmente la función de garantizar el orden en la competencia. En cambio, en

países como Rusia —como citamos hace un momento— el derrumbe de la economía privada capitalista ha llevado a la instauración de una economía capitalista colectivizada lo que a su vez ha producido el fenómeno de que la empresa se haya convertido en parte de la organización monopolística de la producción por parte del Estado. Precisamente ese fenómeno ha llevado a su vez a la necesidad de planificar con mayor detalle la economía total y ha enseñado mucho a todos los países. Resulta importante insistir que las nuevas leyes económicas de Rusia, de 1965, han modificado, de modo importante las ideas originarias de la planificación socialista, acercando la empresa socialista al régimen de competencia de la empresa capitalista. “En los últimos tiempos —dice Reghizzi, (op. cit., 25) sin embargo, la noción de “hozrascet” (la empresa debe vivir de sus propias utilidades y de sus propios recursos) ha perdido un poco de su contenido específico originario y se ha convertido en el símbolo de las nuevas libertades pedidas por las empresas soviéticas”.

IV.—En todo caso es conveniente señalar que la empresa capitalista también ha sufrido ciertas modificaciones en su orientación especialmente a base de nuevas concepciones no liberales de intervencionismo estatal. Pero en todo caso, en la mayor parte de los países, inclusive en aquellos que gustan aún hoy en día llamarse liberales, en los que la superación de la economía del siglo pasado ha llevado a la instauración de una economía controlada, cualquiera sea el sistema, la empresa ha permanecido siempre confiada en manos de la iniciativa privada, pero sobre la base de planes individuales coordinados por el Estado conforme al interés colectivo. La aplicación de la relación riesgo —utilidad no queda ya librada al simple mecanismo de las leyes económicas, en función de las condiciones de competencia o de monopolio conforme a las cuales opere la empresa, sino que ha sido modificada substancialmente por el Estado, tomando en consideración la necesidad de un mejor reparto de la riqueza y en función, por lo tanto, de fines superiores de interés social y nacional.

V.—Ahora bien, es evidente que los elementos de la empresa regulados por el ordenamiento como producto de la intervención estatal, no son los mismos en régimen socialista que en régimen no socialista. Normalmente en el régimen no socialista el ordenamiento invade, como ya se dijo, sólo algunos aspectos de la empresa: por ejemplo el aspecto subjetivo. Es así que se regula la figura del empresario —como manifestación subjetiva de la empresa o sea como empresa subjetivada— estableciendo las obligaciones que debe cumplir y creando las normas incluso penales que sancionan ciertas conductas suyas consideradas, en el plano económico legal como delictuosas. También regula el ordenamiento de un régimen no socialista, el ángulo objetivo de la empresa: la empresa objetivamente considerada, o sea la hacienda mercantil, como conjunto de bienes (materiales e inmateriales, muebles e inmuebles) de los que el empresario se vale como instrumentos de su actividad empresarial. Esta unidad

económica, es regulada, en el régimen socialista, en cuanto a su constitución, a su trasmisión y a las responsabilidades económicas asumidas mientras se la opere. Asimismo, el ordenamiento no socialista regula la empresa en su aspecto funcional: actividad económica del empresario cuando profesionalmente realiza esa labor suya característica, de organizador de los factores de la producción: este aspecto funcional se refiere a esa actividad desarrollada por el empresario y dirigida a recoger y organizar las fuerzas de trabajo y el capital necesarios para la producción o para la distribución de determinados bienes o servicios, dirigida por otra parte a la realización del cambio de bienes o servicios recogidos o producidos. Finalmente el ordenamiento regula también, en régimen no socialista, el aspecto corporativo, es decir las relaciones entre los factores de la producción, básicamente entre capital y trabajo, por medio de diversas leyes, más o menos intervencionistas.

VI.—Sin embargo, en régimen socialista, el ordenamiento abarca muchos más aspectos. Al menos originariamente, el ordenamiento establecía además de la constitución y funcionamiento de la empresa, de sus elementos subjetivo, objetivo, funcional y corporativo, el qué producir, para quién producir, cómo producir, en qué cantidad producir, cómo financiar la empresa, con quién contratar, etc., etc.

Este aspecto total del ordenamiento obedece precisamente a un concepto de organización de recursos no conocido hasta entonces por los países occidentales. “El principio de la planificación socialista” —dice Reghizzi (op. cit. 4)— denota sobre todo “el método fundamental de gestión centralizada de la economía socialista”, la ley económica inmutable del desarrollo programado y proporcional de la producción y del cambio, que permite la explotación óptima de todas las fuentes y de todas las capacidades materiales y organizativas “hacia el máximo incremento del bienestar colectivo y de la construcción de la sociedad socialista”.

VII.—Es claro ahora, que también el sistema no socialista —como lo señalamos— al aceptar la necesidad de racionalizar el empleo de recursos de frente a la escala de valores materiales y espirituales del grupo social, y entrar por ello en un sistema de planificación, empieza a ser invadido, necesariamente, por un creciente intervencionismo estatal. Como se puede ver, al examinar los aspectos fundamentales y característicos de la planificación, la única vía para alcanzar tal racionalización de recursos es abandonar cada vez más y a mayor velocidad, las tesis liberales de mercado y admitir que, en aras de una mejor distribución de la riqueza, en pro de una justicia social, en beneficio de las masas, de una sociedad justa, la única salida es permitir al Estado una mayor intervención en la actividad privada. No de una manera arbitraria y unilateral, sino conforme a un sistema normativo fundamentado en serios estudios económicos. Pero al fin y al cabo, intervencionismo estatal.

Antes de pasar al análisis de otros aspectos de este trabajo, es conveniente señalar que Costa Rica es un país en ese sentido altamente sensibilizado y con posibilidades enormes de planificación total. El problema es encontrar los momentos oportunos y neutralizar las fuerzas conservadoras, poco numerosas pero de gran poder.

VIII.—Ahora bien, cuál es hoy en día la estructura jurídica a través de la cual funciona la empresa económica? Es la sociedad anónima. La sociedad anónima en otras épocas ha sido vista como un simple sistema organizativo de sujetos. Como consecuencia de ello, las normas que la regulaban lo hacían respecto a ciertos problemas, de manera congruente con esa tesis. Pero la legislación ha variado en el Código de Comercio de 1964: de ahí por ejemplo que el interés social prive sobre el interés de los socios, como se ve en el artículo 143 que concede un derecho del socio al dividendo pero solamente después del acuerdo respectivo de la Asamblea. De ahí también que, no viéndose más la sociedad como un contrato —una vez constituida— sino como una “institución” (es el concepto alemán de la “*unternehmen an sich*”, la empresa en sí), el artículo 202 del Código de Comercio establezca claramente que el hecho de que todas las acciones lleguen a estar en una sola mano (sociedad unipersonal) no es causa de disolución de la sociedad.

IX.—Dentro de todo el movimiento de planificación económica y en general dentro del sistema económico, la sociedad anónima evidentemente ocupa un puesto preponderante: es ya un lugar común la expresión de Ascarelli “La sociedad anónima es el paradigma del sistema capitalista”. En todo caso, es claro que la sociedad anónima no puede ser vista simplemente como un sistema de organización técnica, políticamente neutro, sino que, como sucede en todas partes del mundo, debe ser considerada como un instrumento fundamental de política económica y social. Tal concepción lleva al legislador a dictar determinadas normas que permitan que la estructura societaria sirva para alcanzar los fines propuestos por la política económica y social. En ese mismo sentido, entonces, podemos decir que la sociedad anónima ha vuelto a ser lo que fue originariamente: un ente de utilidad pública, por lo que, incluso, el accionista *influye* dentro de la sociedad, con respecto a la toma de decisiones, tiene una responsabilidad pública a su cargo.

X.—Vistas las cosas desde ese ángulo visual, es claro que, a pesar de algunos elementos modernos de nuestro actual sistema jurídico regulador de la sociedad anónima, en general, la normativa es obsoleta y no responde a la realidad económica de la época actual. Hay que tomar en cuenta que el Código de Comercio vigente es de junio de 1964, pero los trabajos preparatorios se iniciaron en el año de 1955. Tres años después se firmó el Tratado General de Integración y Libre Comercio Centroamericano. Costa Rica no se adhirió al mismo sino cuatro años después. Para entonces ya estaban puestas las bases de

lo que vino a ser posteriormente nuestro actual código de comercio. En consecuencia, el código de comercio, no tomó en cuenta los trabajos relativos a la integración y como es lógico, no podía basarse en el crecimiento económico del país producido por el ingreso al Mercado Común. Una década de desarrollo económico han hecho obsoleta toda la legislación sobre sociedades anónimas y en general sobre sociedades comerciales, que, en todo caso, en su nacimiento mismo ya adolecía del vicio de desconocer la realidad de la sociedad anónima en el resto de las legislaciones. Tanto más cuanto nuestro legislador, que siguió los lineamientos del Código de Comercio de Honduras, eliminó los aspectos que ese código tenía y que obedecían a las posiciones modernas al respecto. Es típico por ejemplo el caso del artículo 151, párrafo 1 del Código de Comercio de Honduras que reza: "El accionista que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, no tendrá derecho a votar los acuerdos relativos a aquélla". Lo mismo se hizo por ejemplo con el artículo 95 del citado código, que reza: "Las aportaciones en numerario, en la fundación simultánea, se harán mediante endoso y entrega del certificado de depósito del dinero en una institución de crédito, o de un cheque certificado. El notario dará fe de estas circunstancias". No es que este sistema sea el mejor. Pero al menos es mejor al nuestro, cuyos resultados son bien conocidos de todos los abogados en Costa Rica. Otro tanto sucedió con el artículo 211 del citado código hondureño, que dice: "Cuando los administradores sean tres o más, la escritura constitutiva determinará los derechos que correspondan a la minoría en la designación; pero, en todo caso, la que represente un veinticinco por ciento del capital social presente, nombrará un tercio de los consejeros, los cuales, de no haber otra disposición estatutaria, desplazarán a los designados en último lugar por la mayoría. Sólo podrá revocarse el nombramiento del consejero o consejeros designados por las minorías, cuando se revoque igualmente el nombramiento de todos los demás". Cito estos casos solamente como ejemplo. Existen muchos más.

Ahora bien, si tomamos en cuenta, como dije, el desarrollo económico sufrido por el país durante la última década —desarrollo que, como es dable pensar, el legislador no podía tener en cuenta ni prever— se hace más evidente lo anacrónico de la legislación vigente sobre sociedades anónimas, en Costa Rica.

XI.—Es notoria la falta que hacen en nuestra legislación sobre sociedades las normas sobre "interés social", sobre "conflicto de intereses", sobre "publicidad de informes contables y financieros", sobre "distribución de poderes entre los diversos órganos de la sociedad", sobre "control", tanto interno como externo, sobre "limitaciones de los poderes de los representantes de la sociedad, frente a terceros y su inoponibilidad", sobre "superación de la personalidad jurídica" o como lo llamamos en este congreso, "abuso de la personalidad jurídica", etc., etc. Sin embargo, el problema no es que hagan falta algunas normas sobre determinados tópicos. No, el problema

es que toda la estructura jurídica de la sociedad anónima —salvo raros casos— sigue constituida según las concepciones económicas y jurídicas del siglo pasado.

XII.—Revisemos por un momento los problemas de mayor volumen, a la luz de las concepciones modernas —tanto jurídicas como económicas— y las regulaciones que a aquellos han sido dadas en otros países.

La sociedad anónima, todos lo sabemos, nació poco después del descubrimiento de la vía del Cabo y del descubrimiento de América. Los Estados descubridores comprendieron que para poder conquistar y colonizar los inmensos territorios que en esa época entraban de lleno en la historia geográfica y económica de Europa, se requerían inmensas sumas de dinero que sólo podían obtenerse recurriendo al ahorro público. La sociedad anónima entonces nació como estructura para poder recoger *grandes sumas* de dinero y dedicarlas a la realización de *grandes empresas* económicas. La única forma de atraer la inversión pública era ofrecer al ahorrante una responsabilidad limitada y un título fácilmente transmisible. Así nacieron los dos elementos fundamentales de la sociedad anónima: "La limitación de responsabilidad del socio y la incorporación de los derechos de éste en un documento de fácil circulación: las acciones. Y vieron la luz las famosas compañías de India".

XIII.—Pues bien, sólo una degeneración en el empleo de la sociedad anónima ha llevado la situación ridícula de nuestro país en donde es posible constituir una sociedad anónima con dos socios y diez céntimos de capital. Es claro que se hace imprescindible regular en primer término dos tipos distintos de sociedad anónima: la que recurre al ahorro público (que nosotros denominamos por suscripción sucesiva) y la que no recurre al ahorro público (que nosotros denominamos por suscripción simultánea). Las garantías que se deben dar a los terceros en la primera, ciertamente deben ser mayores que en la segunda. Pero no sólo esto. También es claro que se debe establecer un mínimo de capital. La sociedad anónima no debe ser empleada, con todas sus complicaciones estructurales ideadas para otros fines, ni simplemente como medio de limitar la responsabilidad, pues para eso existe la sociedad a responsabilidad limitada, ni como esquema organizativo de la mediana y pequeña empresa, ni para las domésticas actividades económicas familiares, ni mucho menos, como sucede también en nuestro país, para eludir el pago de impuestos de todo tipo o defraudar a toda clase de acreedores. Por ello es necesario establecer un mínimo de capital —que necesariamente debe ser alto— y previo mayor estudio, quizá también un cierto mínimo de socios, mayor que el actual. Estoy de acuerdo con lo primero, no así con lo segundo, respecto a lo cual tengo mis serias dudas. Pienso al respecto, que sería de utilidad más bien permitir la creación unipersonal de la sociedad anónima, especialmente si se otorga esa

posibilidad a personas jurídicas colectivas, más que a personas jurídicas individuales.

XIV.—Es necesario también establecer, respecto a la adquisición de la personalidad jurídica de la sociedad anónima —una norma más clara que el actual artículo 20 del Código de Comercio, que establece la personalidad jurídica (y no personería jurídica, como aparece redactado) para las sociedades inscritas en el Registro respectivo, pero que no dice con claridad que solamente las sociedades que se encuentren inscritas en el Registro tendrán personalidad jurídica. Con la redacción actual y tomando en cuenta el fundamento doctrinario de la personalidad jurídica de los entes colectivos en la autonomía patrimonial, me inclino por pensar que la personalidad jurídica de tales entes se funda más en un dato sociológico real (como en su oportunidad fue reconocido por las Salas reunidas de la Casación francesa) que en un reconocimiento jurídico formal.

XV.—En cuanto a nulidad del acto constitutivo también es necesario que la normativa diga claramente que solamente puede ser demandada en los casos en que ella misma, de modo expreso, lo establezca o en aquellos casos típicos de nulidad de los contratos, de modo que la falta de alguna formalidad de constitución no dé lugar a nulidad, salvo el caso de que la formalidad que falte sea la publicación. Asimismo, los motivos de nulidad que se admitan, deben estar sometidos a un corto plazo de prescripción, por razones obvias. Ciertamente el Registro Público realiza una labor contralora importante y bastante eficiente al respecto, pero es conveniente prever que el volumen cada día mayor de operaciones registrales mercantiles, podría dar al traste con tal eficiencia.

XVI.—Respecto a la administración de la sociedad hay algunos aspectos que deben ser estudiados, pero principalmente es conveniente meditar sobre la oponibilidad a los terceros de las limitaciones a los poderes de los administradores y representantes en general de la sociedad. La tendencia actual es dar a tales limitaciones, aunque inscritas en un Registro Público, un valor meramente interno, no permitiendo que se opongan a terceros. Las razones son obvias también. El empresario se beneficia por la movilidad y la velocidad de las transacciones. Pero el tercero, en el fondo, se ve obligado a transitar dentro de esos sistemas de velocidad útil al empresario. No es posible, en un sistema tal, obligar al tercero a consultar constantemente las posibles limitaciones que pueden tener los poderes de los administradores o los representantes en general, de la sociedad. Por otra parte, superada hoy en día la llamada doctrina "ultra vires" —incluso lo ha sido por la jurisprudencia angloamericana— debe concebirse la persona jurídica colectiva, como lo que es: un sujeto de derecho con capacidad plena. De modo que las limitaciones que el objeto social establezca a la actuación de los representantes, es una situación interna, tan poco oponible a los terceros. Todo esto deriva, en una buena

parte de las doctrinas del "Stoppel" angloamericano o de la "teoría del acto propio", o del llamado "derecho a la apariencia" del derecho alemán.

XVII.—Es también conveniente, con miras a situaciones que dentro de poco adquirirán en nuestro medio el carácter de graves, buscar los medios legislativos para que en las actuales pocas sociedades de gran accionariado popular y en las futuras que sin duda proliferarán como efecto del desarrollo económico, se atraiga al accionistas a participar en las Asambleas. El absentismo en las Asambleas es uno de los problemas más graves a que se hace frente en diversas legislaciones y se les va presentando a aquellas que van llegando al adecuado grado de desarrollo.

También respecto a las Asambleas, es conveniente crear un sistema que garantice a un mínimo de accionistas (la tendencia legislativa en el movimiento de reforma actual es de un 5% del capital social) la inclusión en el orden del día de determinados proyectos de resolución. Una norma como nuestro actual artículo 163 del Código de Comercio: "Quienes tengan derecho a pedir la convocatoria de la Asamblea, lo tiene también para pedir que figuren determinados puntos en el orden del día", relacionado con el artículo 159 así como con el 160, no es una garantía de intervención en las grandes decisiones.

XVIII.—En cuanto a control creo innecesario decir nada. Las ponencias traídas a esta Comisión indican que la preocupación al respecto es grande. Sí creo oportuno señalar que es conveniente meditar sobre el carácter del control público que pueda realizarse a través de una "comisión de valores" o por medio de una "superintendencia de sociedades anónimas". Así como sobre la gran ingerencia que se le pueda dar al Estado en él. Creo difícil sostener aún hoy en día, que la sociedad anónima no ha vuelto a ser una entidad de interés público como lo fue en sus orígenes (en aquel entonces además, era claramente un ente de derecho público). Pero hay que tener presente que, en todo caso, sigue siendo una estructura jurídica organizativa de la empresa privada, por lo que sería sano meditar si la posición alemana no será al respecto más conveniente: un control estatal restringido y un alto grado de publicidad contable y financiera, a disposición del público y cuya veracidad sí sea perfectamente controlada. Por supuesto, debe tratarse de una publicidad de cierto tipo. Al respecto es ilustrativa la ley holandesa: "Artículo 2.—Conforme a las disposiciones de esta ley de balance debe ser de tal modo que cualquier persona pueda formarse una correcta opinión sobre la propiedad, la capacidad de producir utilidades y sobre la solvencia y liquidez de caja de la sociedad". Y el artículo 3, que dice: "En el Estado patrimonial, conjuntamente con su nota explicativa deben ser indicados con precisión y sistematicidad, el valor y la naturaleza de las propiedades de la empresa al final de cada ejercicio. El estado de ganancias y pérdidas, conjuntamente con su nota explicativa debe indicar con precisión y sistematicidad el valor y la naturaleza de las

utilidades obtenidas por la empresa en el curso del ejercicio". En fin, que es dable pensar en un sistema de control público no excesivo pero combinado con un eficiente y buen sistema de publicidad, debidamente controlado por el órgano contralor que se cree. A propósito considero sano transcribir aquí las siguientes consideraciones del profesor Piero Verrucoli, extraídas de un estudio "Experiencias comparatísticas sobre el tema de los controles internos y externos sobre las sociedades por acciones, especialmente respecto a los países de la Comunidad Económica Europea" (Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Colección Congresos de Estudio de Problemas Actuales de Derecho y Procedimiento Civil, Giuffrè, Milano, 1971, p. 24): "Como repetidamente se ha señalado, el sistema del control debe ser considerado, en cada ordenamiento no según su abstracta configuración legislativa, sino en relación al más amplio contenido normativo y político social, en el cual se inserta: en otras palabras, debe ser visto dentro de su alcance real y considerado, como cualquier norma en general, en su efectivo funcionamiento o como "Law in action". Un sistema que puede presentarse abstractamente válido o por el contrario, insuficiente, puede visto en su funcionamiento real en relación al contexto más amplio arriba considerado, tener en cambio, respectivamente, malo o buen resultado: y es claro que ya el modo de juzgar su éxito se relaciona con el grado de evolución de los ordenamientos singulares y con la sensibilidad de los respectivos operadores económicos".

XIX.—Debe pensarse en nuestra legislación en las reglas del juego para la modificación del estatuto social, particularmente en lo que se refiere a aumento y disminución de capital, reserva (estatutarias y ocultas), emisión de obligaciones (actualmente sólo tenemos una regulación para la emisión de obligaciones al portador), organización de la Asamblea de obligacionistas, convertibilidad de obligaciones en acciones.

XX.—Asimismo es conveniente revisar totalmente la disciplina de la transformación de la sociedad y ciertos aspectos de la disolución, así como todo lo relativo a los valores mobiliarios respecto a la sociedad que los emite. Existe una cierta tendencia actual a la eliminación de los "Bonos de fundador". La nueva ley francesa y de sociedades comerciales, de 1966, ha prohibido tales títulos. Por otra parte, los sistemas más modernos siguen manteniendo, como medio de proteger la "intangibilidad o integridad del capital social", unida garantía de los acreedores de una sociedad de responsabilidad limitada como es la anónima, la compra de las propias acciones a no ser que se realice con utilidades debidamente comprobadas. En defensa del mismo principio, las leyes más modernas sobre la materia (la española de 1951, sobre sociedades anónimas, la alemana de 1965, sobre sociedades anónimas, la francesa de 1966, sobre sociedades comerciales, la reciente ley holandesa así como la nueva ley inglesa y diversos proyectos —italiano, belga, etc.—, prohíben rotundamente lo

que nuestro código actual permite: los préstamos y anticipos sobre las propias acciones. Es conveniente, asimismo, meditar un poco sobre una regulación más apropiada en cuanto a las cláusulas que limitan la libre transmisión de las acciones nominativas sujetándola al consentimiento del Consejo de Administración. Nuestro sistema es mucho mejor que el existente en otras legislaciones, pero sería conveniente revisarlo para aumentar la garantía al socio de que, como dice Jean Hémard (La reforma de las sociedades por acciones en Francia y la ley de 24 de julio de 1966, Riv. delle Soc., 1967, p. 145) "no devenga prisionero de su título". Es, pues, necesario establecer el alcance que en la sociedad anónima debe tener el principio de la "puerta abierta" tan conocido en las sociedades cooperativas.

Otro aspecto gravísimo sobre el que nuestro derecho vigente no tiene normas de ninguna índole es el referente a las "participaciones". Las cadenas de sociedades, los intereses de unas sociedades en el paquete accionario de otras, las llamadas, "acciones cruzadas", el control de unas sociedades sobre otras, etc. Todos los fenómenos apuntados se prestan, de no tener una reglamentación adecuada, a estafas inmensas y particularmente para perjudicar los grupos minoritarios dentro de las sociedades "dominadas". La legislación alemana y la francesa, así como el proyecto italiano actualmente en estudio, en otras, regulan, en protección del público y de los socios minoritarios todos los aspectos relacionados con estos problemas.

No deseo extenderme más en esta presentación, a pesar de que los problemas a resolver dentro de una buena legislación de sociedades anónimas, son muchos más que los que he apuntado. Con esta exposición simplemente he querido demostrar que la reforma de la sociedad anónima va más allá de lo que podamos hacer en este congreso. Es evidente que lo que aquí discutamos será de un valor incalculable para el momento en que haya que realizar la reforma deseada y en ese aspecto son magníficas todas las ponencias aportadas a la discusión.

Por mi parte sólo deseo proponer que se apruebe una excitativa a la Asamblea Legislativa a fin de que dé los pasos respectivos para que al más corto plazo posible podamos contar con una nueva legislación sobre el tema, moderna y adaptada no solamente a los vientos que ya corren, sino previsoramente al más largo que sea posible, en cuanto al futuro.

Por tanto:

Se recomienda: Que el Colegio de Abogados envíe una excitativa a la Asamblea Legislativa a fin de que realice los pasos necesarios para que se lleve a cabo un estudio científico de la sociedad anónima que desemboque en un proyecto de ley sobre esta materia.

*
* *

Subtema

Requisitos de constitución y de emisión de acciones

Ponente: *Lic. Miguel Valle*

PONENCIA

Considerando:

1) Que la sociedad anónima es un instrumento establecido por el legislador para mancomunar los esfuerzos de dos o más personas en una empresa común, mediante la inversión del capital y/o el trabajo de los socios.

2) Que así concebida, la sociedad anónima igual que otro tipo de sociedades mercantiles, no solo sirve los intereses particulares de los socios, sino que resulta un factor innegable de desarrollo de la economía nacional.

3) Que desafortunadamente, en los últimos tiempos han proliferado las sociedades anónimas constituidas con capitales ínfimos, para evadir toda clase de responsabilidades civiles y tributarias y buscar otros propósitos torcidos no previstos por el legislador al establecer esta clase de compañías.

4) Que las sociedades constituidas sin el propósito serio de desarrollar una empresa en común, pueden perjudicar a terceros y dañan el prestigio de la institución misma, lo que obliga a legislar para tratar de impedir estos abusos.

5) Que el Código de Comercio no exige actualmente ningún capital mínimo para constituir sociedades anónimas ni establecer ningún control efectivo sobre el pago de los aportes en dinero, lo que indudablemente facilita la comisión de los apuntados abusos.

6) Que en consecuencia, se hace indispensable exigir un capital mínimo para fundar una sociedad anónima, estableciendo al mismo tiempo un control que asegure el efectivo pago de los aportes suscritos por los accionistas.

7) Que no es concebible que una sociedad anónima pueda desarrollar una empresa en forma proporcionada a su objeto, sin contar con un capital social mínimo.

Por tanto recomendamos:

(Aprobada con las siguientes modificaciones):

- a) Proponer que se reforme el Código de Comercio a fin de exigir un capital social mínimo para la constitución de una sociedad anónima.
- b) Que se establezca un mecanismo de control para las aportaciones en dinero o en especie.
- c) Que respecto a tales controles y capital mínimo es conveniente tener en cuenta las diferencias entre la sociedad cerrada y la abierta.
- d) Que se adopte un procedimiento similar, en caso de aumentos de capital, pagados en dinero efectivo.

*
* *

PONENCIA

Ponente: *Lic. Rodrigo Oreamuno B.*

Considerando:

- 1.—No cabe la menor duda de que la sociedad anónima costarricense, en la forma que la estructura el Código de Comercio, debe sufrir una transformación profunda, que le permita ser el instrumento jurídico adecuado para la unión de los factores de la producción, con miras a la realización de grandes objetivos.
- 2.—En los grupos que se interesan por estos problemas en el país existe clara conciencia de lo expuesto en el párrafo anterior; los distintos proyectos de ley que se discuten o anuncian y las publicaciones que, casi a diario, aparecen en la prensa son un claro síntoma de esas inquietudes. En lo que respecta a los abogados, la prueba más fuerte de la convicción que muchos tenemos de que esa transformación es urgente lo constituyen la es-cogencia de este tema y el nombre que se le dio a esta comisión.
- 3.—Las ponencias ya presentadas y las que, con seguridad, nos llegarán próximamente ponen de manifiesto los baches de nuestra legislación que más preocupan a los abogados los cuales, precisamente por su formación, han comprendido con toda claridad los grandes fraudes que se pueden cometer si no se somete a un control riguroso la emisión de las acciones y otros títulos,

por parte de las sociedades anónimas, y el funcionamiento mismo de estos organismos.

- 4.—Las enseñanzas de la doctrina y las experiencias vividas en otras naciones inspiran muchos de los trabajos presentados a esta Comisión y hacen patente que, la tantas veces discutida reforma de la sociedad anónima, se llevará a cabo en una fecha que todos esperamos sea cercana, y en una forma tal que produzca una regulación armónica y moderna que evite los peligros que a muchos nos parecen obvios y le permita a la sociedad anónima ser el instrumento de desarrollo que el país necesita.
- 5.—El proponente de esta moción está tan convencido como el que más de que sólo se podrán cumplir esos fines si se hace una transformación integral de nuestras sociedades por acciones y de que los remiendos parciales que se hagan a la institución no lograrán resolver los grandes problemas que hoy presenta, ni capacitarla para conseguir las metas que ella debe cumplir.
- 6.—A pesar de lo anterior, existe un problema de índole puramente práctico, que debe resolverse con la mayor celeridad posible, ya sea que se mantenga la legislación actual que rige la sociedad anónima, que se la reforme parcialmente o que —como todos esperamos— se la transforme integralmente y que, por no referirse propiamente a la estructura de la sociedad anónima, puede resolverse independientemente de cualquier cambio que de ella se haga. A ese problema se refieren los párrafos que siguen.
- 7.—La gran facilidad que existe para constituir sociedades anónimas en Costa Rica (bastan dos socios y no se exige ningún mínimo de capital; con una capitalización baja, los costos de formación son muy reducidos, etc.) unida a la falta de controles con que ella opera y a los rumores de que se promulgarán leyes que prohíban constituir en el futuro sociedades con títulos al portador, han producido una increíble proliferación de sociedades, debidamente inscritas pero que no cumplen, en muchísimos casos, ninguna función económica, salvo que se entienda como tal la de evadir el pago de impuestos de distinto tipo. El resultado ha sido el de aumentar exageradamente el trabajo de la Sección Mercantil del Registro Público y el de que aún las personas dotadas de una imaginación más desarrollada, encuentran grandes dificultades en hallar un nombre para constituir una nueva sociedad, ya sea ésta “de papel”, como la mayoría de las que existen, o de las que serán dueñas de una verdadera empresa, que cumplirá una señalada función económica. El problema es grave actualmente; tiende a hacerse cada vez peor y, aun en el caso de que las sociedades futuras se regularan en forma totalmente distinta, seguirá entorpeciendo la constitución de nuevas entidades de este tipo y entorpeciendo el funcionamiento del Registro encargado de inscribirlas.

- 8.—Que se conveniente que se busque un mecanismo que elimine de la Sección Mercantil del Registro Nacional las sociedades extintas.

Por lo tanto se recomienda:

(Aprobada con las siguientes modificaciones).

- a) A la Asamblea Legislativa que busque una solución normativa a estos problemas;
- b) Al Registro Nacional para su Sección Mercantil del Registro Público, la consideración de los conceptos jurídicos de nombre comercial débil y nombre comercial fuerte en cuanto a los nombres de sociedades.

*
* *

Requisitos de constitución y emisión de acciones

PONENCIA

Ponente: *Lic. Bernardo Baruch S.*
Seguridad mediante registro de las acciones de las Sociedades Anónimas.

Considerando:

- 1.—La progresiva expansión demográfica, el acelerado reloj de nuestro tiempo, el Mercado Común Centroamericano, el progreso tecnológico de nuestro mundo, y otros tantos factores, han sacado a nuestro país de las viejas estructuras y lo han enfilado a la marcha entre las naciones progresistas. La expansión de los negocios públicos y privados es el alma vital para el desarrollo económico, que a la vez proporciona el desarrollo cultural, y eleva la condición humana.
- 2.—Con ese fin nuestra legislación mercantil de 1964 ha querido dar agilidad a la organización de las empresas y es bien amplia e ilimitada la facilidad de crear e impulsar *sociedades* que en parte es beneficiosa; asimismo, la emisión de los títulos valores que las representan.
- 3.—Once años de vigencia vigorosa de la ley han demostrado de que no se puede dejar estática esa legislación, y afloran por un

lado escollos y por otro exceso de libertad antojadiza en algunos aspectos, y el mejor medio de aunar criterios y canalizar y asesorar a los legisladores es el estudio de esos problemas en un Congreso Jurídico Nacional concretándose a aspectos particulares como en el caso de esta ponencia, "Seguridad Mediante Registro Oficial de las Acciones de las Sociedades Anónimas".

- 4.—El sistema de emisión de acciones está en manos del Presidente y secretario de las Sociedades sin más control que su criterio y voluntad, y así, las fórmulas de acciones son de distinto tamaño y color, de disímil redacción y formato, producidas en cualquier imprenta, se ponen a la orden de sus poseedores sin ningún refrendo.
- 5.—El concepto técnico-jurídico de lo que representa la acción es que: "La acción es el título-valor en el que se incorporan los derechos de participación social de los socios. Se trata de auténticos títulos-valores, respecto de los cuales pueden predicarse, y deducirse de la Ley, las características generales de los mismos, es decir la incorporación, la literalidad, la *legitimación* y la autonomía. Se comprende que la tenencia del documento sea condición indispensable para el ejercicio de los derechos que se deriven de la calidad de socio" y que las acciones "servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos del socio". La acción no es sólo una parte del capital social y un título-valor, sino que también representa *el conjunto de derechos que corresponden al socio en calidad de tal*" —"sea que la acción nos da la unidad de participación en la vida social—. Conceptos resumidos que confirman la trascendencia del valor que obtiene el poseedor de la acción, y que ésta merece una seguridad confiable.
- 6.—Con la expansión y proliferación de las empresas y la reciente creación de la Bolsa de Valores (cuya Junta Directiva ya fue instalada el 7 de agosto de 1975) cuyo fin primordial es la movilización, intercambio y libre negociación de las acciones societarias de nuestras empresas, haciendo factible la tradición de grandes capitales, cambiando de dueños infinitas veces al día mediante la entrega de la acción, título que supuestamente representa el valor literal que en ella constata o el valor que la Bolsa de Valores le ha dado en un momento determinado. Toda esta transacción y traspaso de acciones está basada en la buena fe y de los informes financieros. Pero, qué pasa con la seguridad de la propia validez del título? Si son valores canjeables, negociables y de fácil tradición casi como el dinero en efectivo, como podemos dejarlos en manos de dos personas por más honestas que sean? Qué pasa si en la imprenta se deja correr la impresora e imprime unos cuantos más? o algún inescrupuloso duplica la cantidad de las acciones emitidas conforme el estatuto social? Puede resultar que en las cajas fuertes

de los felices e ilusionados adquirentes se encuentran papeles sin valor alguno, con complicado problema para los accionistas originarios de la sociedad? Cómo podrán probar que los suyos son los originales y verdaderos en contra de otros del mismo supuesto valor?

- 7.—Que para dar seguridad a los adquirentes de acciones y al mismo tiempo rodear de confianza y prestigio a la Bolsa de Valores, tan necesaria para el desarrollo económico y la canalización apropiada de los ahorros de los inversionistas, es necesario un refrendo oficial de una oficina estatal que para el caso podría ser el Registro Público y una oficina adscrita a la Contraloría General de la República, o del Ministerio de Economía y de Comercio a cuyo cargo estaría el Registro de Acciones de Sociedades Anónimas tanto al portador o a las nominativas que recibirán un numeral oficial un sello blanco de la oficina, especialmente elaborado para ese fin y bajo custodia del Jefe de la Oficina encargada y firmado por el oficial-registrador.
- 8.—Que las consideraciones anteriores con respecto a las acciones son aplicables a los certificados de aquéllas.

Por lo tanto se recomienda:

(Aprobada con las siguientes modificaciones.)

Hacer una excitativa a la Asamblea Legislativa, para que se establezca un control de emisión de acciones y certificados.

*
* *

Control de emisiones por parte de sociedades

Ponente: *Lic. Miguel Ruiz Herrera*

PONENCIA

Considerando:

- 1.—Que a medida que nuestro sistema económico va creciendo, nuevas emisiones de obligaciones, "deventures", bonos, así como acciones de venta pública, son colocadas en nuestro mercado de capitales por parte de sociedades mercantiles.

2.—Que nuestra legislación al respecto contiene serias lagunas en cuanto al debido control que sobre esas emisiones debe de ejercitarse. En efecto nuestro Código de Comercio, en el artículo 121 faculta a las sociedades anónimas para que “Además de las acciones comunes, la sociedad tendrá amplia facultad para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos-valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto, o a cualquier otro aspecto de la actividad social”.

3.—Que asimismo en el Título IV, capítulo único, de nuestra legislación incluye trece artículos a fin de regular las actividades de las Bolsas de comercio, artículos en los cuales están enmarcadas reglas que de cierto modo tienen la función de velar por la protección de inversionistas, pero que de hecho son inoperantes al no existir en nuestro país bolsas de comercio debidamente organizadas.

4.—Que de la misma manera, legislaciones extranjeras se han ocupado de este problema enfocándola desde diversos puntos de vista. Vemos así, que en los Estados Unidos de Norteamérica se han establecido tres tipos de control en casi todos los Estados que forman dicha federación, controles que se conocen comúnmente como “*Blue Sky Laws*” existiendo principalmente tres tipos de ellas:

- 1) Regulaciones tipo fraude.
- 2) Regulaciones sobre el registro de comisiones.
- 3) Regulaciones sobre el registro de obligaciones.

Las primeras son las más simples de todas, y están incluidas en casi todas las legislaciones. Prohíben el fraude en la venta de títulos u obligaciones estableciendo sanciones específicas para casos de estafas y defraudaciones con venta de estos títulos y obligaciones.

Las segundas establecen controles sobre las personas, físicas o jurídicas que participan en la venta de obligaciones y títulos como comisionistas, vendedores, agentes, etc.

Las terceras generalmente se combinan con las otras dos anteriores. Algunas de ellas requieren a la Compañía información completa sobre todas sus actividades, estados y balances, y adicionalmente imponen ciertos criterios restrictivos para autorizar o no la emisión de las obligaciones. Varios Estados tienen dos procedimientos de Registro: uno simple, que es conocido como procedimiento de *notificación*, y otro más elaborado que se conoce como procedimiento de *solicitud* o *calificación*. Así mismo, dentro de la legislación federal de dicho país, encontramos que existen siete cuerpos de leyes, cuyo nacimiento data de los años 1933 a 1940, en

los cuales se establecen entre otros requisitos la prohibición de ofrecer o vender sin haber registrado o suministrado a la S. E. C. (Securities Exchange Commission) información completa sobre el estado financiero de la compañía y las actividades a que se dedica. Creemos conveniente hacer notar que dicho organismo no “aprueba” la emisión o el contenido económico de la obligación emitida. Simplemente tiende a asegurar una completa revelación de información con respecto a la compañía que emite, los “colocadores” y la obligación en sí.

5.—Que asimismo en España dichas regulaciones existen desde 1949; en efecto, cuando una empresa, sociedad anónima o de otro tipo que no sea institución de carácter público, decide poner en circulación en dicho país títulos cuyo nominal supere en el plazo de diez meses cinco millones de pesetas, hay que someterse al trámite de previa consulta al Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo de conformidad con el Decreto de 9 de Julio de 1959. Esta consulta puede ser formulada por las entidades interesadas antes o después de haberse tomado el acuerdo de emisión o puesta en circulación por las “Juntas Generales” o Consejo de Administración respectivo. Para dichas consultas hay un modelo o formato editado por el mencionado Instituto, el cual deberá ser firmado por el Presidente o Director Gerente de la empresa en cuestión. Dicho modelo contempla principalmente los siguientes aspectos:

- o Cantidad nominal de la emisión en obligaciones, bonos, etc.
- o Número de títulos que representa, especificando las distintas series.
- o Importe nominal de cada título.
- o Carácter de los títulos simples o hipotecarios o con otra garantía.
- o Tipo de emisión al público.
- o Tipo de interés anual.
- o Vencimiento de los cupones.
- o Amortización de los títulos (plazo, forma y condiciones generales).
- o Condiciones especiales (de suscripción, de primas o de amortización; convertibles o no convertibles en acciones, especificando, en caso afirmativo, las condiciones de la conversión detalladamente, etc.; concretando si los impuestos han de ser a cargo de la empresa o del suscriptor y se va a hacer o no propaganda de la emisión).
- o Entidades aseguradoras (en su caso), y condiciones del seguro concertado con dichas Entidades.
- o Fecha o época en que desearía efectuar la suscripción.

- o Persona con domicilio en Madrid para atender las incidencias y hacerse cargo de las notificaciones.

Asimismo, el escrito de consulta debe ser acompañado por los siguientes documentos:

- a) Certificación del último balance de la Empresa, aprobado por la Junta General y Organismo Superior.
- b) Extractos de las cuentas de resultados en los cinco últimos años.
- c) Extractos de distribución de beneficios en dicho período, especificando las cantidades que se han destinado a dividendos y a reservas legales, estatutarias o libres.
- d) Detalle del capital-acciones desembolsado, y de las obligaciones, bonos u otros títulos de renta fija, emitidos y en circulación, en la actualidad, detallando los que tengan garantía hipotecaria u otra especial.
- e) Certificación oficial bursátil de la cotización media de las acciones de cada año del último quinquenio, expedida por la Junta Sindical del respectivo Colegio de agentes mediadores, en caso de conversión en acciones.
- f) Cuadros de amortización del empréstito, para los distintos tipos de interés anual previstos.
- g) Un ejemplar de la última memoria publicada por la Empresa.
- h) Certificación acreditada de la participación extranjera en el capital.

El Instituto mencionado evacuará la consulta en el plazo máximo de un mes y se entenderá que su resolución es de conformidad con lo propuesto cuando en el referido plazo no se hubiese contestado por escrito la consulta de la entidad emisora. En aquellos casos en que el Instituto absuelva la consulta dentro del mencionado término formulando observaciones, dichas observaciones solo han de referirse a la rentabilidad de los títulos, tipo de emisión al público y fecha de suscripción. Con relación a la fecha de emisión, el Instituto podrá señalar otra posterior o limitarse a denegar la emisión en el día elegido por la empresa. En este último caso, la empresa podrá cursar nueva consulta cuando lo estime pertinente.

Con respecto a la propaganda, el texto de los anuncios y artículos de publicidad de toda clase deberá presentarse por duplicado en la Secretaría del Instituto, pudiéndose, en el acto, o en los siguientes tres días, autorizar, o formular las observaciones que deberán ser atendidas por la empresa en cuestión.

En los casos en que se pretende colocar los títulos en el extranjero, el Instituto citado pedirá al Instituto de Moneda Extranjera un

informe al respecto, del cual dependerá la eventual autorización que deba ser otorgada.

Creo conveniente hacer notar que las observaciones y objeciones que formule el Instituto pueden ser de obligado cumplimiento o meras recomendaciones, según se exprese en cada caso.

Existen también previstas multas, que oscilan entre el 1 por ciento y el 1 por mil del valor nominal de la emisión, aplicables a sociedades o empresas que pusieren en circulación obligaciones, bonos u otros títulos de renta fija sin formular previa consulta o sin esperar a su resolución o incumplimiento lo acordado por el referido Instituto, así como también con respecto a lo anteriormente especificado en cuanto a propaganda o publicidad. Dichas multas pueden llegar hasta el 2 por ciento si la infractora es reincidente.

6.—Que otras legislaciones, como la mexicana, la chilena y la venezolana, que han creado tipos de control similares a los anteriormente indicados, condicionados a la realidad del mercado de capitales de cada uno de esos países, con los consiguientes beneficios para los inversionistas particulares por la protección que se les brinda, en las cuales la función es centralizada en una Comisión de Valores a quien le está encomendada la labor de control sobre los emisores e información a los inversionistas.

Por tanto:

Convencidos de la necesidad de establecer controles similares en nuestro país que permitan un funcionamiento acorde de nuestro naciente mercado de capitales y eviten los perjuicios que terceros inversionistas pudiesen eventualmente sufrir en virtud de lo lacónico e inoperante de nuestra legislación al respecto.

(Aprobada con las siguientes modificaciones)

Se recomienda:

Que se reforme nuestra legislación mercantil a fin de que se establezcan los controles anteriormente relacionados. Que se cree un organismo de control (deberá ser un ente con suficiente autoridad e independencia), con el objeto de regular, vigilar y fiscalizar el mercado de capitales, y que estará compuesto por cinco miembros, que deberán ser costarricenses de reconocida probidad y experiencia en asuntos financieros, económicos y mercantiles y cuya sede será la ciudad de San José pudiendo establecer dependencias en otras ciudades del país si así lo considerase necesario.

Los organismos públicos y privados que en alguna manera se relacionen con las actividades de la Comisión, estarán obligados a

suministrarle la información que ésta les requiera dentro de los límites de su competencia.

Las resoluciones de la Comisión estarán sujetas a la jurisdicción Contencioso Administrativa. Estarán sometidos al Control de la Comisión todos los títulos valores que ofrezcan al público.

Es el criterio de esta Comisión que debe establecerse una relación entre el capital suscrito y pagado y el monto total de las obligaciones emitidas a fin de que se mantenga una adecuada proporción de solvencia, a no ser que la emisión se garantice satisfactoriamente a juicio de la Comisión. Finalmente queremos manifestar que es la intención de esta comisión, que el organismo creado al efecto, ya sea que se designe con el nombre indicado de Comisión Nacional de Valores, o cualquier otro consecuente con sus funciones, se convierta en un organismo de control que le permita al inversionista particular informarse antes de realizar la inversión, que sea un medio o vehículo de información de la empresa emisora, de los agentes, y de la emisión en sí. Sin que quiera decir que al autorizar determinada emisión la Comisión esté garantizándola frente a los terceros inversionistas, pero sí que la información suministrada es cierta.

La Ley deberá señalar qué información se considera confidencial y cuál no.

*
* *

"Nulidad e impugnación de acuerdos de Asamblea"

PONENCIA

Ponente: *Dr. Gastón Certad M.*

La sociedad anónima tiene una función eminentemente económico-industrial que especifica su naturaleza: la de permitir la concentración de grandes capitales, aportados por una infinidad de personas, para la creación de empresas que, por la cuantía de la inversión que exigen, están fuera de las posibilidades de los sujetos aisladamente considerados, se ha perfilado la sociedad anónima en donde, como requiere la participación de un gran número de accionistas, es imposible ya exigir la confianza personal entre los socios, como elemento de la voluntad de asociarse; por esta razón las normas que rigen su estructura y funcionamiento están planeadas para que el ente pueda realizar plenamente sus actividades, sin que medie entre los socios la estrecha vinculación que la confianza personal supone. Por esta misma razón, este tipo de sociedades permite la amplia circulación de sus acciones, pues indiferente resulta para el socio conocer o no a los poseedores de los demás títulos. Este planeamiento nos lleva necesariamente a emitir un juicio respecto a lo que han sido,

hasta la fecha, las sociedades anónimas en nuestro país. Entre nosotros, en muchos casos con la única finalidad de evadir responsabilidades, con la protección del velo de la personalidad jurídica y con la emisión de acciones al portador, han podido vivir, y cada día nacen y proliferan más, un sinnúmero de sociedades anónimas que, si bien responden a la estructura jurídica de la misma, no realizan la función económica que le corresponde; se trata de sociedades cuya formación ha sido hecha con un criterio personalista, en modo de que pertenezca a grupos cerrados de personas, vinculadas generalmente entre sí por relaciones de parentesco, de amistad personal o de comunidad de intereses. De ahí que se imponga en Costa Rica una total reforma a la sociedad anónima para que, a partir de ese momento se convierta en lo que su naturaleza económica le reclama: una verdadera sociedad de capital en lo que la consideración personal no sea motivo para influir en las decisiones que tomen sus accionistas reunidos en asamblea ni para entorpecer su funcionamiento; una sociedad que sirva para impulsar el desarrollo económico e industrial.

Considerando:

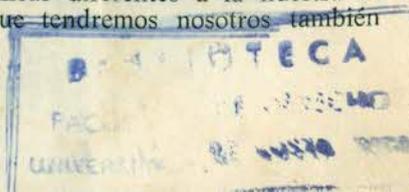
1.—Que, sin lugar a dudas, la asamblea de socios es el órgano social que expresa, "in thesi", la soberanía de los socios, quienes por su medio ejercen sus prerrogativas.

2.—Que la formación colegial de la voluntad social constituye la manifestación más conspicua del principio democrático, en los términos en que éste ha sido extendido a la sociedad anónima.

3.—Que la posición y las funciones de la asamblea son en realidad hoy día muy distintas de las que una falsificación fuera de tiempo y fuera de moda como la que contiene nuestra ley podrían hacer creer.

La evolución de la gran empresa por acciones en los países industrializados nos enseña que no sólo las relaciones de equilibrio que se dan, o se deben dar, en el seno de la asamblea han resultado seriamente perjudicadas por el dominio implacable de los llamados grupos de control o paquetes accionarios, sino que las mismas prerrogativas de la asamblea tienden cada vez más a perder profundidad y a diluirse frente a la gran concentración de poder que se verifica en el órgano administrador, donde las mayorías dominadoras dirigen a su antojo la gestión del ente. → *se huvu lito poco democrático*

4.—Que todo esto se agrava aún más en un régimen jurídico como el nuestro, donde el Código de Comercio del todo niega alguna protección a los socios minoritarios, dejando completamente libre a aquél o aquellos socios en cuyo poder se encuentre el 51% de las acciones. En otras realidades económicas diferentes a la nuestra se enfrentan graves problemas a los que tendremos nosotros también



que afrontar en el futuro. Para el futuro, entonces es bueno también hacer las siguientes consideraciones.

Todos somos concientes de la crisis actual del accionista, del divorcio verificado entre poder y propiedad y entre poder y riesgo dentro de la sociedad anónima⁽¹⁾. Esta crisis refleja puntualmente en el funcionamiento de la asamblea, dominada por los grupos de control, que no son necesariamente grupos de mayoría. El accionista individual está más que nunca ausente o impotente, confinado a desempeñar el papel de simple espectador frente al enmarañado juego de las participaciones cruzadas, recíprocas y de control, y a las luchas de poder entre grupos a los que es totalmente extraño. "En un cuadro caracterizado por el voto por mandato, por las delegaciones a las instituciones bancarias y financieras, por los sindicatos de acciones, por la presencia de sólidos paquetes de control, por la intervención de los inversionistas institucionales, los "managers" se mueven como a bien tengan, casi como nuevos vestales de la potencia y de la riqueza de la sociedad por acciones"⁽²⁾. En este sentido la asamblea se ha convertido en un simulacro de sí misma, en el teatro vacío de batallas que en realidad se combaten entre bastidores. La Asamblea, cuenta, en el sentido que ella debe sancionar los actos de los administradores y amortiguar y canalizar el eventual descontento de los accionistas, pero sus decisiones son generalmente descontadas "a priori".

5.—Que para frenar este proceso avasallante se debe contar al menos con un suficiente régimen de impugnación y nulidad de acuerdos de asamblea, cuando éstos han sido tomados en violación a la ley o al pacto constitutivo.

6.—Que el régimen de nulidad de acuerdos que nuestro Código de Comercio establece es del todo inoperante y tortuoso, debiendo en todo caso recurrirse al engorroso, y poco efectivo y perjudicial para el caso, juicio ordinario.

7.—Que siendo la sociedad anónima una entidad privada creada por los socios para los socios, que a ella llevan sus intereses personales y en ella exteriorizan, con el voto y el método mayoritario, su participación en el propio interés del ente, debe existir una norma que regule el llamado "conflicto de intereses", norma que nosotros, desgraciadamente, no tenemos y que resulta útil y necesario incluir. Mediante esa norma se le impone al socio el único límite de prohibirle votar si se encuentra en conflicto de intereses con la sociedad; lo que significa que el socio es libre de votar como quiere y que la mayoría es libre y discrecional en sus determinaciones siempre que

(1) Sobre este punto ver BARCELLONA, Pietro, "Istanze individualistiche ed esigenze sociali nella configurazione del diritto di proprietà" en "Gli istituti fondamentali del Diritto Privato" Cap. III, Jovene, Nápoli, 1971, p. 141.

(2) COTTINO, Gastone, "La società per azioni", U.T.E.T.; Torino, 1972, p. 109.

no subsista un conflicto de intereses con el ente. En otras palabras, el ejercicio del voto cesará de ser lícito toda vez que el titular de ese derecho tenga un interés en conflicto con el de la sociedad; y ese voto puede ser anulado, conjuntamente con el acuerdo que sustentó, en vía de impugnación, si la deliberación aprobada no corresponde al interés de la sociedad, aunque sí al del socio votante. Si no obstante la prohibición, el socio en conflicto vota, el acuerdo, en el supuesto en que cause un perjuicio o daño a la sociedad, podrá ser impugnado, según la llamada "Prueba de resistencia". La situación de contraste puede ser aún indirecta, referirse personalmente al socio o a su patrimonio, aún como socio de otra sociedad, y al socio como administrador o como representante o gestor de terceros. Comprende también los casos de simulación, a través de los cuales el socio tiende a enmascarar su posición de conflicto. Como ha dicho una casación italiana: "...Se trata no de un problema de tutela de los derechos de la minoría contra el super-poder de la mayoría que dirige la sociedad, sino más bien de un problema de tutela del interés de la sociedad misma"⁽³⁾.

8.—Que, con exclusiva alusión a la llamada sociedad abierta, sea la gran sociedad anónima que capta y observa los ahorros del público, pudiéndose presentar en la práctica casos en que el voto se ejerza por el socio únicamente para procurarse una posición de ventaja en descrédito de los demás socios, como por ejemplo, el socio o socios mayoritarios que impiden sistemáticamente la distribución de utilidades para crear disgusto y zozobra en los demás socios, induciéndolos a deshacerse de sus acciones a precio vil, se impone crear un régimen de nulidad de aquellos acuerdos de asamblea tomados con votos viciados por "exceso de poder" y sin que medie una protección al interés social. Nótese bien que en esta hipótesis no existe un conflicto de intereses entre el socio y la sociedad, porque el conflicto está precisamente entre el interés que el socio votante tiene en sociedad y el interés de los demás socios también en sociedad. Nos referimos aquí a los casos de ejercicio malicioso del voto. Para resolver conflictos como éste algunos han recurrido al concepto de exceso o desviación de poder, concibiendo el voto como un poder conferido al socio en el interés social, por lo que viciado resulta si se ejerce con una finalidad diversa⁽⁴⁾.

(3) Cas. It. N° 853, 18 de abril de 1961, en "Giustizia Civile", I, 1961, p. 838.

(4) En este sentido ver BIGIAMI, Walter, "Lezioni di nuovi amministratori con il voto Di amministratori rivotati in seguito ad azione sociale di responsabilità", en "Giurisprudenza italiana", I, 1, 1956, p. 487; ASCARELLI, Tullio, "Interesse sociale interesse comune nel voto" en "Revista trimestrale di Diritto e Procedura civile" 1951, p. 1145, citados por FERRARA JR., Francesco, "Imprenditori e società". Giuffrè, Milano, 1971, 5ª Ed. p. 445, nota 42; FERRI, G., "Manuale di diritto Commerciale", 2ª Ed., Torino, 1962, p. 279.

Por que el exceso de poder no otra cosa es que un vicio que revela exceso en el ejercicio del poder discrecional y en la medida en que éste es una libertad de determinación, dicho exceso consiste siempre en la violación de un límite puesto en esa libertad⁽⁵⁾. De modo que los acuerdos de asamblea alcanzados con votos viciados por exceso de poder serán impugnables (anulables) en los límites en que generen un perjuicio a los socios minoritarios y a la sociedad.

9.—Que, ejerciéndose el dominio de las mayorías fundamentalmente a través de los llamados sindicatos de acciones y convenciones o juntas de voto, elemental resulta incluir una norma de exclusiva aplicación a la sociedad abierta tendiente a sancionar, en ciertas hipótesis, con el peso de la nulidad instituciones tan nefastas. “Los sindicatos de acciones son instrumentos destinados a favorecer el dominio o la defensa de determinados grupos de accionistas en la administración de la sociedad, intercediendo casi siempre sobre el ejercicio del derecho al voto”⁽⁶⁾.

Estos sindicatos pueden presentarse en dos configuraciones típicas (a las que debemos agregar toda una gama de configuraciones secundarias o intermedias):

- a) Como contrato realizado entre varios accionistas que, en ocasión de sucesivos acuerdos de asamblea, se obligan a votar todos de una manera preestablecida o a establecerse sucesivamente con acuerdo de mayoría; se trata entonces de una obligación de votar en el sentido que será decidido por la mayoría de los accionistas agrupados;
- b) Como contrato concluido entre varios accionistas quienes se obligan a otorgar —para el ejercicio del voto inherente a sus respectivas acciones— un poder a una determinada persona (generalmente “al director del sindicato”) quien votará en la asamblea según su propia apreciación discrecional o de conformidad con las directivas preestablecidas por la mayoría de los accionistas congregados.

Estas convenciones de voto y sindicato de acciones son factores indiscutibles por todos conocidos del proceso de disolución de la democracia en la sociedad anónima. Figuran entre las materias naturales de que se suplen los “grupos” para operar; constituyen, ni más ni menos, que un instrumento precioso que a nivel de sociedad abierta, puede ser empleado provechosamente para adaptar a la medida del grupo el esquema formal legislativo. Los argumentos repetidamente esgrimidos por la doctrina en favor de la licitud de estos sindicatos son generalmente dos:

(5) GRANADOS MORENO, Mario, *Apuntes a las lecciones de Derecho Público II*, U. de C. R., 1973.

(6) GRAZIANI, Alessandro, “*Diritto delle società*”, 5ª Ed., Morano, Nápoli, 1963, p. 249.

- a) El voto está atribuido al socio no en su interés particular, sino en el interés social⁽⁷⁾;
- b) En el ordenamiento jurídico existe un principio general mediante el cual el socio debe decidir su voto libremente, después de discusión en la asamblea y de previo a una ponderada valoración de los argumentos en ella avanzados en pro y en contra del tema en discusión⁽⁸⁾.

Y esto último parece ser cierto respecto de aquellos sindicatos en que los socios son llamados a deliberar previamente sobre el contenido del voto que será ejercido más tarde en la asamblea. Aquí entran en juego principios imperativos que aparecen puestos en discusión y seriamente violados en la medida en que la función y el funcionamiento de la asamblea resulten total o parcialmente viciados. El método de la asamblea, tal y como lo ha estructurado nuestro legislador, es en verdad incompatible con una preconstitución de la voluntad que sea a la vez de tipo colegial; el fenómeno es particularmente evidente en aquellas convenciones de voto en que los socios deliberan por mayoría sobre todas y cada una de las materias del orden del día, con perfecta introducción de una asamblea dentro de la asamblea y con lógico descrédito y desprestigio, al menos para una parte del capital social, de la asamblea sucesiva y de su disciplina. Con el sindicato de mayoría se permite de modo estable utilizar en la asamblea votos prefabricados; se impide que pueda funcionar a cabalidad el juego normal de las mayorías tal y como fue previsto en la mentalidad del legislador y se da vida a una doble fase colegial en la que la primera es la repetición “ante literam”, y más bien diríamos la única efectiva y real, de la segunda. De ahí que elemental resulta la inclusión de una norma específica para la sociedad abierta dirigida a declarar nulos aquellos sindicatos de acciones o pactos de voto cuando el voto resulte vinculado a intereses en evidente contraste con el de la sociedad (en favor de personas en conflictos de intereses con la sociedad misma, o cuando mediante el pacto, la asamblea resulte permanentemente viciada de función o contenido, o cuando resulte suprimida, de un tajo, la libertad del voto, con la posibilidad de formación de mayorías ficticias⁽⁹⁾). Nulo el pacto o sindicato, el voto resulta viciado e impugnabile deviene el acuerdo tomado.

(7) Ver autores citados en la nota 4.

(8) SENA, G., “*Il voto nell'assemblea della società per azioni*”, Guiffré, Milano, 1961, p. 312; COTTINO, G., op. cit., p. 127; GRAZIANI, A., op. cit., 1ª Ed., p. 164 ss.

(9) Son todas estas hipótesis que se han discutido y resuelto en la jurisprudencia italiana: Cas. N° 1290, 23 de abril de 1969, en “*Foro Italiano*”, I, 1969, p. 1735; Cas. N° 136, 25 de enero de 1965, en “*Revista di Diritto Civile*”, II 1967, p. 20 con comentario de MASTROPOLO, “*Sui limiti di validità delle convenzioni de voto*”, citadas por COTTINO, G., op. cit., p. 128, nota 1.

10.—Que si a tenor del artículo 174 de nuestro Código de Comercio el nuestro tomado en conformidad a la ley⁽¹⁰⁾ vincula a todos los socios, aún ausentes o disidentes, el acuerdo no conforme a la ley —o al pacto constitutivo— estará necesariamente viciado de invalidez.

11.—Que nuestra legislación mercantil no contiene un buen régimen de invalidez de acuerdos de asamblea, en modo tal que para oponerse a un acuerdo violatorio de la ley debe acudir indefectiblemente al único sistema contemplado por el Código, el de la nulidad, lo que equivale a tener que incoar demanda ordinaria contra la sociedad, con todos los inconvenientes y perjuicios que proceso tan intrincado puede producir para el ente mismo, para su difusión y hasta para el desarrollo económico e industrial del país.

12.—Que atendiendo a la naturaleza de los acuerdos de asamblea, que son actos unilaterales colegiales, formados por declaraciones de voluntad o de ciencia⁽¹¹⁾, es necesario ante todo distinguir entre las causas de invalidez de la simple declaración de voto —independientemente de que el vicio luego se comunique o no al acuerdo— y las causas de invalidez del acuerdo mismo. Siguiendo este lineamiento el voto puede resultar afectado de invalidez por todas y cada una de las causas que pueden viciar cualquier declaración de voluntad o de ciencia dentro de la teoría del negocio jurídico (incapacidad, error, violencia, dolo, etc.)⁽¹²⁾, a las cuales debemos añadir, en las legislaciones que las contemplan, la hipótesis de conflicto actual de intereses y la de vicio del voto por exceso de poder.

13.—Que un buen régimen de invalidez de acuerdos de asamblea debe contener al menos estas tres grandes categorías:

a) *anulabilidad*, cuando el acuerdo viola la ley o el pacto constitutivo;

b) *nulidad*, cuando estamos ante casos de ilicitud o imposibilidad del objeto; porque la nulidad de acuerdos no debe ser consecuencia de la violación de cualquier norma imperativa o de las disposiciones de los estatutos, sino únicamente del contraste del acuerdo con aquellas normas dictadas para tutelar un interés general que trasciende el interés individual del socio, o dirigidas a impedir una desviación de la finalidad económico-práctica del contrato de sociedad (por ejemplo, hay ilicitud del objeto en aquellos acuerdos

(10) Nosotros agregaríamos aquí "y al pacto constitutivo".

(11) GRAZIANI, A., op. cit., 5ª Ed., p. 349.

(12) CARIOTA FERRARA, Luigi. "El Negocio Jurídico", Ed. Aguilar, Madrid, 1956, p. 393 ss.

violatorios de las normas dictadas para la aprobación e improbación del informe (sobre los resultados del ejercicio anual presentado por los administradores, normas que están dictadas para proteger, no el interés de los socios en cuanto a tales, sino el interés de la sociedad; hay imposibilidad del objeto del acuerdo cuando se excluye el poder de deliberar sobre un determinado asunto); también hay nulidad cuando faltan los rasgos fisionómicos esenciales de un acuerdo colegial (por ejemplo, el acuerdo tomado en una reunión de socios sin que existan los extremos que la ley exige para la constitución de la asamblea, la llamada "no asamblea", el acuerdo adoptado sin el quórum constitutivo o deliberativo, o adoptado sin previa convocatoria y sin estar presente la totalidad de las acciones, o tomado con el voto determinante de extraños o socios no legitimados). Algunos autores hablan aquí de inexistencia⁽¹³⁾, pero nosotros creemos que la inexistencia es una categoría eminentemente teórica que, además de ser muy discutible y discutida en el plano doctrinal, y de dudosa utilidad práctica, no se distingue a cabalidad de la nulidad (absoluta) para ser autónomamente apreciada por la conciencia social, mientras que, por otra parte, se la distingue exhaustivamente en sus consecuencias para crear dificultades que son bastante poco provechosas para la certeza y prontitud de las relaciones;

c) *Ineficacia*, cuando se producen violaciones a derechos de terceros o a derechos indisponibles de los socios. Por ejemplo, el acuerdo de asamblea general no precedido de asamblea especial y de su respectivo acuerdo es válido pero está suspendido en sus efectos por la ausencia de un presupuesto de eficacia, presupuesto que puede ser perfectamente introducido aún sucesivamente, saneando el mecanismo volitivo incompleto y la carencia inicial, pero sin cuya intervención el acuerdo es y permanece ineficaz⁽¹⁴⁾.

14.—Que, en buena tesis, la distinción entre acuerdos anulables y nulos debe necesariamente reflejarse en un distinto régimen de oposición o impugnación y en un diverso procedimiento, contrariamente a como está estructurado actualmente en nuestro Código de Comercio.

15.—Que dentro de ese mismo orden de ideas, se impone crear en nuestro medio un régimen de impugnación de acuerdos anulables

(13) FRE, G., C., "Società per azioni", en "Commentario del Codice Civile diretto da Scialoja e Branca", Roma-Bologna, 1956, p. 330. ss.; CANDIAN, Aurelio, "Nullità e annullabilità di delibere de assemblee di società per azioni", Giuffrè, Milano, 1942, p. 58 y 66; SALANDRA, V., "Manuale di diritto Commerciale", I, Bologna 1946; p. 262 ss.; BRUNETTI, Antonio. "Tratado del Derecho de las sociedades", I.I.T.H.E.A., Buenos Aires, 1960, II, p. 148 ss. A. Graziani, op. cit., p. 356; FERRARA JR., F., op. cit., p. 455. P. SENA, op. cit., p. 451 ss.

(14) COTTINO, G., op. cit., p. 133.

de asamblea en el que, el acuerdo inválido por violación de ley o del pacto constitutivo, o por haber sido tomado con votos de socios en conflicto de intereses o con votos viciados por exceso de poder, pueda ser impugnados dentro de un término fijo y corto por sujetos especialmente legitimados. Este régimen, llamado de impugnación u oposición, es y debe ser un freno a los abusos de las mayorías.

16.—Que el régimen de legitimación debe ser diverso en casos de nulidad y, a tenor de las normas que rigen las nulidades absolutas en nuestro Código Civil, deberá ser opuesta por todo aquel que tenga interés o bien declararse de oficio, no pudiendo subsanarse por la ratificación o confirmación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor al de la prescripción ordinaria.

17.—Que, en tratándose de acuerdos ineficaces, legitimados a la oposición deberán ser aquellos sujetos cuyos derechos hayan sido indebidamente dispuestos en el acuerdo.

18.—Que necesario resulta además establecer un procedimiento especial de impugnación de acuerdos anulables más sumario y expedito, —que en nuestro medio bien podría seguir el trámite de los incidentes— en modo tal que el juicio ordinario que ahora debe seguirse en todos los casos, quede relegado a las solas hipótesis de nulidad.

Por tanto recomendamos:

(Aprobada con modificaciones)

A). Proponer la reforma del Código de Comercio en lo que se refiere al régimen de invalidez de acuerdos de asamblea en la sociedad anónima.

B.) Que dicha reforma deberá efectuarse en estos dos grandes aspectos:

- a.—Régimen de invalidez: constitución de un régimen de invalidez de acuerdo que prevea necesariamente hipótesis de nulidad, anulabilidad o ineficacia.
- b.—Procedimientos: creación de un procedimiento sumario y expedito para ser usado en las hipótesis a anulabilidad, pudiéndose seguir el juicio ordinario en los casos de nulidad.
- c.—Que en cuanto al procedimiento se recomienda la posibilidad de que el Juez suspenda los efectos del acto en aquellos casos en que pueda producirse daño irreparable a la sociedad, a los socios o a terceros.

Nota: Todo lo que sigue son consideraciones personales del ponente que creemos pueden ser simples bases de discusión futura, no recomendadas específicamente por esa comisión.

C.) Que en lo tocante a cada uno de esos aspectos, deberán considerarse cuando menos los siguientes temas:

a.—En cuanto al régimen de invalidez:

I. Anulabilidad de acuerdos:

Los acuerdos deberán ser anulables cuando menos en los siguientes casos:

- 1.1 Cuando hayan sido tomados con votos de socios en conflicto con intereses con la sociedad. Para ello deberá incluirse una norma que prohíba al socio votar en la Asamblea cuando se encuentre, por cuenta propia o de un tercero, en conflicto de intereses con la sociedad, en modo tal que sino obstante la prohibición, el socio en conflicto vota, el acuerdo alcanzado será anulable y podrá ser impugnado en el tanto y en la medida que cauce un verdadero perjuicio a la sociedad. La misma deberá prohibir votar a los administradores en aquellas reuniones en que se discuta sobre su responsabilidad. No obstante esa prohibición de votar, las acciones afectadas se podrían computar a efecto de lograr el quórum de constitución de la asamblea.
- 1.2 Cuando hayan sido tomados con votos viciados por exceso de poder. Deberá entonces incluirse una norma, extensiva únicamente a las llamadas sociedades abiertas, sea las que captan y absorben los ahorros del público, tendiente a declarar anulables aquellos acuerdos, adoptados gracias a votos viciados por exceso de poder. Se trata de evitar los llamados casos de ejercicio malicioso del voto, en los que el socio vota con el único interés de procurarse una posición de ventaja en perjuicio de los restantes socios. Este acuerdo será impugnado cuando de él se derive un daño o perjuicio para las minorías o para la sociedad misma.
- 1.3 Cuando hayan sido tomados mediante votos prefabricados en sindicatos de acciones o convenciones de voto en las hipótesis que se dirán. Para ser apli-

cada exclusivamente a las sociedades abiertas, deberá también promulgarse una norma tendiente a anular aquellos sindicatos de acciones o convenciones de voto dirigidas a promover votos vinculados a intereses en evidente contraste con el de la sociedad (en favor de personas en contraste de intereses con la sociedad misma) o cuando, gracias al sindicato o convención, la asamblea resulta de un modo permanente, vaciada de función o contenido o cuando resulte suprimida la libertad del voto, con la formación de perennes mayorías ficticias. Nulo el sindicato o convención en las hipótesis previstas, viciado resulta el voto y el acuerdo adoptado deviene impugnabile.

- 1.4 Cuando violen leyes promulgadas para tutelar el interés individual de los socios, o sean contrarios al pacto constitutivo.

El régimen de impugnación u oposición de acuerdos anulables deberá contener los siguientes puntos:

- 1.1 *Legitimación:* los acuerdos anulables podrán ser impugnados los socios ausentes, disidentes y abstenidos y por aquellos socios cuyo voto haya sido anulado por vicio del consentimiento o por falta de capacidad. También lo serán por los administradores, conjunta o separadamente, y por los fiscales, también conjunta o separadamente.
- 1.2 *Término:* El acuerdo deberá ser impugnado necesariamente dentro de un término fijo y corto, que podría establecerse en uno o en tres meses, contado a partir de la fecha de la reunión en que se tomó o, si debe ser inscrito en el Registro Mercantil, desde la inscripción del acta respectiva.
- 1.3 *Ratificación o confirmación:* No podrá anularse el acuerdo si es sustituido por otro adoptado de conformidad a la ley o al pacto constitutivo.

II. Nulidad de acuerdos:

Habrá nulidad del acuerdo en las siguientes hipótesis:

- 1.1 Cuando se trate de casos de ilicitud o imposibilidad del objeto.

- 1.2 Cuando el acuerdo viole leyes promulgadas para tutelar un interés general que trascienda el interés particular del socio, o dirigidos e impedir una desviación de la finalidad económico-práctica del contrato de sociedad.
- 1.3 Cuando falten los rasgos fisionómicos esenciales de un acuerdo colegiado.

El régimen de impugnación y oposición de acuerdos nulos se regirá por los principios generales que regulan la materia de las nulidades absolutas en nuestro Código Civil y deberá contener los siguientes puntos:

- 1.1 *Legitimación:* Los acuerdos nulos podrán ser atacados por cualquiera que tenga interés o bien, declarados de oficio por los Tribunales.
- 1.2 *Término:* El acuerdo nulo deberá ser atacado en un término no inferior al de la prescripción ordinaria mercantil término que empezará a correr desde el día en que se celebró la reunión que lo acordó o, si se trata de acuerdo inscribible en el Registro Mercantil, desde el día de la inscripción de la respectiva acta.
- 1.3 *Ratificación o confirmación:* El acuerdo nulo no podrá ser ratificado ni confirmado por las partes.

III. Ineficacia de acuerdos:

Los acuerdos de asamblea no surtirán efectos cuando mediante ellos se produzcan violaciones o derechos de terceros o a derechos indisponibles de los socios globalmente considerados.

Legitimados a la oposición en hipótesis de ineficacia de acuerdos de asamblea serán todos aquellos cuyos derechos hayan sido indebidamente dispuestos en el acuerdo.

b.—En cuanto al procedimiento:

I.—Anulabilidad:

Para la anulabilidad deberá crearse un procedimiento o sumario v expedito que deberá contener los siguientes aspectos:

- 1.1 El socio, administrador o fiscal legítimo deberá demandar a la sociedad ante el Tribunal en cuya circunscripción tiene su sede la sociedad, y en la

persona de sus representantes legales, salvo que sean éstos los accionantes o estuvieran en conflicto de intereses con el ente, en cuyo caso la representación corresponderá a un curador ad-litem designado por el juez.

- 1.2 El socio impugnante, para comprobar su calidad, en el momento de interponer la demanda deberá depositar en el Juzgado al menos una acción. El administrador o fiscal gestionante deberá comprobar su condición con certificación emanada del Registro Mercantil.
- 1.3 El juez podrá disponer que el gestionante rinda idónea garantía para el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios.
- 1.4 Por razones de economía procesal y a fin de evitar pluralidad de juicios y pronunciamientos contrastantes en relación a situaciones idénticas referidas a un único objeto, todas las impugnaciones contra un mismo acuerdo deberán tramitarse conjuntamente y serán decididas en una única sentencia. El proceso se iniciará entonces una vez transcurrido el término de impugnación.
- 1.5 Una vez iniciado el juicio y si existen graves motivos, el Juez en resolución motivada no recurrible, podrá suspender los efectos del acuerdo impugnado.
- 1.6 El procedimiento podría seguir los trámites de los incidentes.
- 1.7 La sentencia recaída afectará a los socios, administradores y fiscales, a la sociedad y a terceros. El pronunciamiento de invalidez obligará a los administradores a adoptar las medidas consiguientes, pero quedarán a salvo en todo caso los derechos adquiridos en buena fe por terceros como resultado de los actos realizados en ejecución de los acuerdos.

II.—Nulidad:

Para la acción de nulidad se seguirán los trámites del juicio ordinario, pudiendo aplicar el procedimiento mencionado en el punto 1.5 anterior.

El contralor interno y externo

PONENCIA

Ponente: Dr. Francisco L. Vargas S.

El desarrollo actual de la sociedad anónima hace indispensable la existencia de controles de funcionamiento —aparte de los de constitución— que permiten un sano desenvolvimiento de aquélla, a fin de evitar abusos tanto en perjuicio de socios como de terceros.

Considerando:

- 1.—Que nuestra legislación vigente carece en gran medida de previsiones atinentes al control, tanto de constitución como de funcionamiento de las sociedades anónimas.
- 2.—Que dada la complejidad de las actividades ejercidas por los órganos sociales, su control debe ser amplio (examen de contabilidad, de legalidad, administración, técnica financiera, ejercicio en forma individual o colectiva, interno o externo, antes, durante y después de la vigencia social, ejecutado por socios, terceros o incluso por el Estado), pero a la vez tales controles deben ser compatibles con su funcionamiento.
- 3.—Que la legislación foránea nos muestra la existencia de tales controles.
- 4.—Que en tratándose del control ejercido por los socios, éste no puede concebirse en forma amplia —v. gr. otorgando a cada uno de ellos, en cualquier momento, un poder ilimitado de supervivencia— dado que ello generaría un caos y un consiguiente entramamiento de la sociedad (MALAGARRIGA, Carlos. "Tratado elemental de derecho comercial". Ed. Tipográfica Editora Argentina. Bs. Aires. 1958. T. I, pg. 453), amén de que el acceso a determinadas fuentes de información puede permitir a ciertos socios que miran más en su propio beneficio que en el de la sociedad, un destino desviado a tal información aún contrario al de mero control. (FERRARA, Francisco. "Empresarios y Sociedades". Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1970, pg. 62).

- 5.—Que la mayor parte de los problemas sociales puede surgir cuando las sociedades se relacionan con los llamados “terceros”, dentro de los cuales podemos incluir a los empleados de la empresa como categoría especial (SCHAPIRA, Jean, “L'intéret social et le fonctionnement de la société anoyne”. Revue trimestrielle de droit commercial. IV. París. 1971, pg. 30; a los pequeños accionistas en grandes sociedades anónimas y a los obligacionistas (Ibídem); así como a todas aquellas personas que llevan a cabo con la sociedad contratos, ya sea como compradores (clientes) o como vendedores (proveedores), todos dignos de protección legal y gubernamental.
- 6.—Que en nuestro medio no se establecen normas que regulan la idoneidad de los sujetos encargados de ejercer funciones contraloras dentro de la sociedad, ni impedimentos para su nombramiento, como tampoco se apuntan requisitos para la revocación de los mismos, estando éstos en consecuencia a merced de los controlados.
- 7.—Que el legislador casi en forma universal ha instituido organismos internos encargados de ejercer ciertos controles, entre ellos uno de los más importantes es el relativo al contable, que trata de evitar que se cometan fraudes en perjuicio de socios y terceros, a la vez que procura que los estados financieros de cada ejercicio anual se ajusten al verdadero desenvolvimiento de la empresa, a efecto de que se determine a ciencia cierta —entre otras cosas— si es posible distribuir dividendos. Este control para ser un control serio, requiere técnicas especiales (DJIAN, Yves. “Le controle de la direction des sociétés anonymes dans les pays du marché commun”. Ed. Syret, París. 1965. pg. 127), que no es aconsejable dejar al arbitrio de la empresa.
- 8.—Que sería deseable que este tipo de control se encuentre en manos de un órgano contralor diverso del que tiene como cometido vigilar la gestión de la empresa (DJIAN, Yves, op. cit., pg. 96), a fin de poder llegar a exigir condiciones de profesionalidad en el o los sujetos encargados de cada tipo de control, de manera que su idoneidad sea garantía de la excelencia de su función, lo que sumado a la imposibilidad de revocación “ad nutum”, permitiría alcanzar en buena medida los fines perseguidos.
- 9.—Que si bien es cierto en nuestro medio encontramos disposiciones que se refieren al balance, a la forma en que deben llevarse los libros de contabilidad, al sistema que debe emplearse para valorar los bienes del inventario, etc., ellos no se encuentran dentro del Código de Comercio sino en un Reglamento (Art. 21 inc. 2º Ley de Impuesto sobre la Renta) y han sido conce-

bidamente únicamente para llenar una finalidad del Estado: la percepción del impuesto de la Renta.

- 10.—Que lo único que notamos en nuestro Código de Comercio es la existencia de responsabilidades de parte de los socios cuando por culpa o por dolo se llegaren a hacer avalúos de los bienes aportados superiores a los verdaderos (Art. 18, inc. 9), así como la exigencia de aprobación de dicho avalúo por parte de la Asamblea General en tratándose de aportes (Art. 116, inc. c).
- 11.—Que cuando se da el supuesto de un aumento de capital o de reducción del mismo, la existencia de un solo socio hace nugatorio cualquier control que pudiera existir en nuestro sistema así concebido, y aún la presencia de más de un socio no es garantía de un control serio, siendo por el contrario de suponer que los socios se pongan de acuerdo en valorar en forma elevada sus aportes y demás bienes sociales con fines ilícitos.
- 12.—Que . . . “Cuando el engranaje de la sociedad no funciona porque ha dejado a los administradores a merced de sí mismos por el absentismo de la Junta General de Accionistas, y por la indiferencia de los síndicos, o, lo que es peor, cuando administradores y síndicos hacen causa común ante el desinterés de la Junta General, o cuando la mayoría de los socios se alía a unos o a los otros para procurar el propio interés personal con menoscabo del interés común . . .” (FERRARA, Francesco, op. cit., pg. 32) se hace necesario establecer ciertas potestades a ser ejercidas por los socios.
- 13.—Que nuestra Legislación establece únicamente como protección respecto de terceros de buena fe y en cuanto a los acuerdos sociales, la imponibilidad de tales acuerdos además de la responsabilidad del o los Consejeros (Art. 184 C. de c), pero tal responsabilidad no puede ser exigida sino por acuerdo de la Asamblea de Accionistas. (Art. 192 C. de c.).
- 14.—Que es indispensable para el funcionamiento de la bolsa de comercio, la publicación del balance y la existencia de controles serios sobre él.
- 15.—Que además deben crearse sanciones y responsabilidades contra los contralores que no ejercen bien su función.
- 16.—Que cuando los organismos sociales correspondientes no proceden en forma oportuna a convocar la asamblea general de accionistas, nuestro ordenamiento no señala más posibilidad que la contenida en el art. 141 C de c. respecto de la Asamblea General que conoce del balance anual y de la posibilidad de distribuir dividendos, cual es la de pedir su convocatoria. Pero

tal potestad no está concedida sino a los socios que representan por lo menos el 25% del capital social (Art. 159 ids.) salvo si la asamblea no se ha reunido por dos ejercicios consecutivos o cuando reunida no hubiere conocido de lo contemplado por el artículo 155, casos en los cuales puede un solo socio hacer la petición. (Art. 160 ibíd.)

- 17.—Que debemos imaginar la posibilidad de existencia de órganos estatales que ejerzan el control aún de oficio dado el interés público que detrás de las sociedades existe, en virtud de representar éstas un factor importante en la economía nacional.
- 18.—Que la totalidad de controles que se proponen deben aplicarse a las sociedades de suscripción pública o a aquellas que no siéndolo, ofrezcan o pretendan ofrecer al público, sus acciones o que por cualquier otra vía capten o así lo pretendan fondos o ahorros de aquél.
- 19.—Que deben mejorarse las disposiciones de nuestra legislación referentes a las sociedades familiares (cerradas) sobre bases distintas de las que aquí se señalan para las sociedades que pretenden captar el ahorro popular (abiertas).
- 20.—Que el sano desenvolvimiento de una empresa hace que ésta, generalmente obtenga mayores beneficios, lo cual, en buena medida aprovecha el socio, a la sociedad misma, así como a la colectividad en general.

Por tanto recomendamos:

A.—Proponer la reforma del Código de Comercio en cuanto a lo que se refiere al control de funcionamiento de las sociedades anónimas.

B.—Que dicha reforma debe estar orientada en dos grandes campos:

- a) Control interno, en sus dos formas: por los socios (individual y colectivo) y por los órganos de control propios de la sociedad.
- b) Control externo, ya sea ejercido por un organismo administrativo o judicial, o por ambos a la vez, a petición de interesado o de oficio.

Nota: Todo lo que sigue son consideraciones personales del ponente que creemos pueden ser simples bases de discusión, no recomendadas específicamente por esta comisión.

- c) Que en lo que toca a cada uno de esos campos, deben tenerse en cuenta al menos las siguientes bases o lineamientos:

I.—En cuanto al control interno:

1.—Control de los socios.

1.1.—Control individual o de minorías.

Los socios individualmente o representantes de una minoría deberían gozar de diversas potestades de control entre ellas:

- a) Denuncia a órganos de control interno.

“Esta facultad tiende a llamar la atención de los síndicos sobre los hechos censurables, a fin de comprobar las eventuales irregularidades cometidas por los administradores. La denuncia no sólo determina la obligación de los síndicos de tenerle en cuenta en su informe a la Junta General... sino que, además, los hace culpables si se comprueba después de la existencia de la irregularidad lamentada, exponiéndose sin más a la acción de responsabilidad contra ellos”. (FERRARA, Francesco, op. cit. pg. 304). En el sistema italiano una denuncia tal, genera la convocatoria a Asamblea General. (Ibídem).

- b) Denuncia a órganos estatales de control. Esta potestad puede darse en presencia de diversas razones y consiguientemente con finalidades varias. Una de ellas debe existir cuando los organismos correspondientes no proceden en forma oportuna a convocar la asamblea general de accionistas. En estos casos así como en otros diversos el organismo estatal debería poder hacer la convocatoria a petición de un solo interesado, determinada que fuere su procedencia.

- c) Sería saludable también concebir una denuncia como la contempla por el Código Civil italiano (Art. 2409). Este autoriza a un grupo minoritario de la sociedad (representante del 10% del capital) ante sospechas fundadas de graves irregularidades por parte de los administradores y síndicos, a poner en conocimiento del tribunal del caso tales irregularidades a fin de que éste, previa inspección de la sociedad llegue a ordenar a la asamblea la corrección de las mismas, y si fuere del caso a destituir a los funcionarios responsables, cuando las faltas fueren calificadas de graves, nombrando a la vez un funcionario judicial encargado de la administración, quien con los poderes y durante el plazo señalado por el mismo tribunal controle la sociedad.

Una potestad similar también se contempla en la legislación holandesa. (Vid. COLOMBRO, Giovanni. "Il controllo giudiziario sulle società per azioni in un recente progetto olandese. Ed. Guiffre. Milano, 1970, pg. 148 y sig.)

1.2) Control colectivo.

Este tipo de control se presenta en las juntas ordinarias de accionistas. En ellas los socios deberían gozar de un verdadero derecho de información previa, tanto de documentación contable, como de otros aspectos (informes de administradores y órganos de control), para que puedan ejercer su voto —arma de control— con conocimiento de causa. (Vid. Art. 462 C. de c. de Chile; arts. 236 y 245 C. de c. de El Salvador; Art. 65 Ley Soc. An. de España; Art. 145 C. de c. de Guatemala; Arts. 189 y 190 C. de c. de Honduras; Art. 2422 C. C. de Italia; Art. 261 y 288 C. de c. de Venezuela).

2. Control Contable.

a) Organismo de Control.

Respecto de este tipo de control es fundamental la especialización, esto es, debe existir además de los fiscales un órgano de control contable. Deben señalarse condiciones a reunir por el o los sujetos que quieren ser nombrados, que garanticen su profesionalidad. Debe además establecerse causas de ineligibilidad.

En este campo los socios no deberían gozar de la posibilidad de revocar el nombramiento de dichos funcionarios sino bajo la existencia de causales determinadas, erradicando de nuestro medio la potestad de revocación "ad nutum", que no logra sino agravar actualmente el problema creado por la misma legislación al permitir el nombramiento de cualquier sujeto inidoneo.

b) La extensión del control contable.

Las vertientes fundamentales por las que debe discurrir la misión del organismo contralor contable deben ser las siguientes:

—Control de las cifras del balance y libros de la empresa conforme se desprenden de los documentos de su contabilidad.

—Examen de los valores contenidos en dichos documentos a fin de determinar si son aparentes o reales, esto es, si obedecen a un criterio serio de evaluación, o si por el contrario han sido valorados arbitrariamente.

—Regularidad en la presentación de las cuentas sociales.

b.1) En lo que se refiere a estos aspectos el organismo de control contable debe estar autorizado a revisar toda la documentación contable de la empresa (Vid. art. 291 C. de c. de El Salvador; art. 233 C. de c. de Honduras; Art. 309 C. de c. de Venezuela, entre otros).

Ello es esencial pues de lo contrario no podría existir un verdadero control.

b.2) También debe ponerse en conocimiento del contralor con cierta antelación a la celebración de las juntas de accionistas en las cuentas sociales a efecto de que sea vertido por aquél un informe sobre su exactitud y procedencia. (Vid. Art. 284 y 291 C. de c. de El Salvador; Art. 233 C. de c. de Honduras; Art. 188 inc. 6 C. de c. de Guatemala; Art. 166 Ley Gral. de Socs. Com. de México, entre otros)

b.3) Además los administradores deberían estar obligados a presentar a los organismos de control contable balances de comprobación mensual o de períodos cortos.

b.4) Es esencial que los administradores estén obligados a designar la persona que custodia los libros y demás documentos sociales —estableciéndose legislativamente el apremio por su no presentación— de manera que se eviten maniobras que den al traste con la eficacia del control.

b.5) Verificación cuantitativa.

El balance, al ser considerado junto con las demás cuentas sociales, al ser una "fotografía" de la situación de la sociedad desde el punto de vista económico y financiero (DJIAN, op. cit. pg. 58) debe ser objeto de un control que abarque todas las cifras contenidas en ellos, a fin de comprobar si ellas son representativas de bienes existentes o de negociaciones realizadas por la sociedad durante el período comprendido en tales documentos contables.

Aquí la verificación implica también la potestad del contralor de constatar si el inventario corresponde a bienes existentes realmente en la sociedad.

b.6) Verificación cualitativa.

La función contralora contable no debe limitarse a la simple verificación cuantitativa, pues aparte del hecho de que existen los bienes y negocios del caso, lo importante es, además, poder determinar si a la hora de su inclusión se hicieron evaluaciones ajustadas al valor real de los mismos o si fueron abultadas. (Vid. Art. 437 y 438 C. de c. de Honduras;

Art. 443 a 445 C. de c. de El Salvador; Art. 2424 y 2425 C. C. de Italia).

b.7) Publicación del balance.

Dado que este documento constituye uno de los medios de información de la suerte de los negocios de la empresa, tanto para socios como para terceros, sería conveniente se pensara en llevar a la práctica —como se ha hecho en otros ordenamientos diversos al nuestro— la publicación del balance en un diario oficial. (Víd. Art. 178 Ley de Socs. Ans. de Alemania; Art. 286 C. de c. de El Salvador; Art. 177 Ley de Socs. Ans. de Francia; Art. 380 C. de c. de Guatemala; Art. 177 Ley de Soc. An. de México; Art. 284 C. de c. de Nicaragua, entre otros).

—La publicación en cuestión puede tratar de difundirse un poco más ordenado se publique en un diario de circulación nacional. (Víd. Art. 486 C. de c. de El Salvador).

—También es posible pensar en la comunicación a organismos de control estatal. (Víd. Art. 461 C. de c. y Art. 21 Reglamento Socs. Anos. de Chile; Art. 117 inc. 1 Ley Socs. Ans. de Alemania; Art. 484 C. de c. de El Salvador; Art. 2425 C. C. de Italia y 258 C. de c. de Nicaragua.)

—Es necesaria también la comunicación a órganos de control interno con antelación a la celebración de la asamblea de accionistas. (Víd. Art. 440 C. de c. de Honduras; Art. 2432 C. de C. de Italia; Arts. 304 y 306 C. de c. de Venezuela).

—Deben establecerse plazos antes de las asambleas en cuestión a fin de que los documentos contables puedan ser examinados por los socios. (Víd. Art. 21 Regl. Soc. Ans. Chile; Art. 285 C. de c. de El Salvador; Art. 175 C. de c. de México; Art. 284 C. de c. de Venezuela).

b.8) Sanciones.

Finalmente, a fin de obtener un cumplimiento efectivo de dichos extremos, deben establecerse sanciones legales (Víd. Art. 484 y 485 Ley Socs. Ans. de Francia), no solo contra los administradores sino también contra los contralores.

II.—En cuanto al control externo.

Aparte del control ocasional que deben ejercer los tribunales de justicia a petición de interesados, debe existir un control permanente de carácter administrativo.

Tal oficina, podría tener, entre otras, las siguientes funciones y atribuciones:

- 1) Autorizar la constitución de las sociedades, aprobar sus estatutos y sus modificaciones.
- 2) Fiscalizar las operaciones de las sociedades. Al efecto podrá revisar los libros de contabilidad y documentación en general, hacer arqueos, exigir la presentación y publicación oportuna del balance, así como su presentación en cualquier época que ésta lo requiera, a fin de conocer del desarrollo de los negocios sociales.
- 3) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias, comprobar y denunciar las irregularidades cometidas, de oficio o a petición del interesado a la Junta Directiva a fin de que sean subsanadas, so pena de proceder la oficina dicha a suspender la ejecución de los actos criticados.
Tal suspensión implicará la convocatoria a asamblea de accionistas.
- 4) Estar presente o hacerse representar en la Junta de accionistas cuando lo considere necesario. Con dicho fin la convocatoria a toda asamblea ordinaria y extraordinaria deberá ser notificada a la oficina, en los plazos previstos por la ley o los estatutos.
- 5) Comprobar en cualquier momento la exactitud de inversión de capitales, y vigilar que se constituya el fondo de reserva legal que deberá crearse.
- 6) Verificar la exactitud de la estimación de los aportes que no consistan de dinero.
- 7) Autorizar los aumentos o reducciones de capital que se operen una vez constituidas las sociedades. Al efecto las sociedades deberán comunicar con la antelación que se prevea toda información necesaria.
- 8) Examinar la sinceridad del balance y comprobar el cumplimiento de las normas relativas a él.
- 9) Solicitar la intervención de los tribunales a efecto de que se inicie proceso de quiebra, cuando se determine por cualquier medio que la empresa se encuentra en estado de cesación de pagos, o, cuando no habiéndose dado la cesación de pagos pero sí una situación económica difícil pero remediable, que haga prever una próxima cesación de pagos, y siempre que la desaparición de la empresa provoque un perjuicio a la economía

nacional, pedir la apertura de cualquier procedimiento preventivo de la quiebra creado o que llegare a crearse.

- 10) Intervenir en las liquidaciones de las sociedades. A ese efecto cualquier gestión de liquidación de la empresa deberá comunicarse con la debida antelación a la Oficina.
- 11) Intervenir, cuando así lo soliciten los interesados, como árbitro arbitrador, en las dificultades que se presenten entre socios o, entre éstos y administradores y entre unos y otros con los terceros.
- 12) Cuidar que los organizadores de una sociedad de suscripción pública que no llegare a autorizarse, restituyan las sumas y aportes que hubieren sido hechos en vista de su posible fundación.
- 13) Comprobar la idoneidad de los sujetos encargados de las funciones de control interno de las sociedades, y obligar a éstas a sustituir a aquéllos cuando se establezca que no reúnen las condiciones exigidas para ser nombradas en tales cargos, o que se encuentran impedidos por razones de parentesco o similares conforme a la ley, de ejercer tal control.
- 14) Poner en conocimiento de la asamblea de accionistas, las faltas graves en que hubieren incurrido los administradores a efecto de que si aquellos lo estimaren procedente los remuevan de sus cargos.
- 15) Pedir la sanción en la forma que se establezca a las sociedades que no cumplan con las órdenes o instrucciones que gire la oficina a aquellas.
- 16) Pedir igualmente la sanción de los administradores y contralores internos cuando incurrieren en infracciones a las leyes, estatutos u órdenes giradas por la Oficina.
- 17) Pedir la sanción en la forma que se establezca a los notarios que autoricen estatutos sociales sin la debida autorización previa de la Oficina.
- 18) Considerar la posibilidad de un control de vialidad que determine si el capital suscrito es suficiente para realizar con posibilidad de éxito la actividad que la sociedad se propone llevar a cabo y establezca la forma de pago del capital insoluto conforme a las necesidades financieras y de desarrollo de la sociedad.

PONENCIA

Ponente: *Lic. Coronado Rivera Trejos*

(Aprobada con modificaciones.)

Considerando:

1.—Que es urgente poner coto a la proliferación de sociedades anónimas sin capital verdadero, y que en consecuencia es necesario la creación de una superintendencia de sociedades anónimas y otro órgano de vigilancia que revise anualmente la legalidad y veracidad de los estados financieros y las actas de la sociedad y la permanencia de aquel requisito conforme a la ley (Art. 201 inciso c) (Código de Comercio).

2.—Que uno de los principios fundamentales de la Sociedad anónima es la veracidad, realidad y permanencia del capital social; pues es la garantía tanto de los propios accionistas como de terceros y que, por tanto es de conveniencia general que las aportaciones en numerario o en especie estén sometidas a controles oportunos.

3.—Que para no hacer ilusorio el capital social es preciso prohibir que la misma sociedad pueda comprar sus propias acciones a no ser que lo haga con sus utilidades debidamente comprobadas, en cuyo caso los accionistas deben tener derecho preferente para adquirir las acciones de la sociedad, por lo que conviene establecer y reglamentar el derecho al tanto. Las acciones compradas por la sociedad no tendrán derecho a voto mientras subsista esa situación.

4.—Que las minorías que representan por lo menos el veinticinco por ciento del capital social tienen derecho a tener representación en el Consejo de Administración, y el voto de dichos representantes serán decisivos para tomar acuerdos trascendentales que afecten la vida de la sociedad.

5.—Que es conveniente establecer sociedades anónimas de capital variable con el objeto de que las empresas de rápido crecimiento pueden tener una forma rápida de captar fondos o bien de revalorizar sus acciones.

Se acuerda:

- 1º—Que se establezcan las normas necesarias a fin de crear los controles adecuados para los aportes.
- 2º—Los socios tendrán derecho al tanto en todo caso de compra de sus acciones por parte de la sociedad.
- 3º—Que se admita el llamado voto acumulativo.
- 4º—Que se dé la normativa necesaria para crear un sistema de publicidad de los estados financieros.
- 5º—Que se contemple la posibilidad de constituir sociedades anónimas de capital variable, a condición de tener un capital mínimo y acciones nominativas que lo representen.

*
* *

PONENCIA

Ponente: *Dr. Fernando Mora*

Que se establezca una comisión del Colegio de Abogados para que estudie a fondo el Régimen de las Sociedades Mercantiles en nuestro Código de Comercio, y elabore en plazo que se le fije, un anteproyecto de Ley que debe ser conocido por la Corte Suprema de Justicia para la reforma total de las sociedades, especialmente la Anónima y aprobado por ésta, se someterá a la Asamblea Legislativa para los efectos consiguientes.

*
* *

PONENCIA

Ponente: *Lics. Rodrigo Oreamuno B.*
Marco A. Jiménez C.
Oscar Bejarano
Alfredo Bolaños

Recomendamos:

- a) Pedir a la Junta Directiva del Colegio de Abogados que integre una Comisión, que se encargue de estudiar el problema que se presenta por la existencia de gran cantidad de sociedades que están inscritas pero no tienen ninguna actividad;

- b) Que esa misma Comisión busque maneras de solucionar las grandes dificultades que ahora existen para conseguir nombres para sociedades que se piensa constituir;
- c) Que se haga una excitativa al Registro Nacional para que la Sección Mercantil del Registro Público utilice conceptos jurídicos de nombre comercial débil y nombre comercial fuerte, en cuanto a los nombres de Sociedades ya inscritas o que se pretenda inscribir.

LAS CARGAS PROCESALES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

COMISION

**LAS CARGAS PROCESALES EN LO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO(*)**

* En la Comisión se discutieron una serie de ponencias, de las cuales solamente las que se publican fueron aprobadas.

*
* *

La Garantía de Costas

PONENCIA

Ponente: *Lic. Eduardo Ortiz Ortiz*

Considerando:

1.—Que hay un interés público en juzgar la legalidad de la conducta del Estado, tanto pública como privada y que por ello el impulso procesal en los juicios contra este último o sus entes es o tiende a ser, cada día más, de oficio.

2.—Que la interpretación de las normas procesales en el juicio contencioso administrativo y civil de hacienda está dominada por la idea de salvar obstáculos y cargas procesales para facilitar el acceso al fallo de fondo, en interés de aquella legalidad y de los derechos del ciudadano.

3.—Que todo ciudadano tiene constitucionalmente garantizado el derecho frente al Estado de obtener reparación a sus injurias y agravios ocurriendo a la justicia y que ese derecho es incompatible con cargas procesales que por su propósito, oportunidad, monto o efecto desalientan las demandas o hacen económicamente imposible o muy onerosa la continuación del juicio hasta sentencia.

4.—Que es inadmisibles, en éste como en cualquier otro campo, subordinar el interés público institucional al privado de índole económica y que la carga procesal constituida por la garantía de costas en los juicios contra el Estado es un caso típico de esa indebida subordinación.

5.—Que esa carga tiene por fin principal asegurar el pago de los honorarios del abogado de la parte victoriosa y que el carácter netamente privado del mismo, se refleja bien en el régimen positivo actual de aquella, según el cual las partes pueden renunciarla con sólo no exigirla en tiempo y hasta pactar sobre su monto y naturaleza, con derecho de una a no rendirla si es eximida la otra, por cualquier motivo legal.

6.—Que en el caso de los juicios contra el Estado, la indebida onerosidad de la garantía de costas es extremada, por ser aquí nor-

malmente mayor la cuantía de los juicios y estar exentos de rendirla el Estado y sus entes, con odiosa discriminación en perjuicio del actor.

7.—Que el efecto negativo de la no rendición de la garantía de costas, que es la suspensión de la capacidad procesal del omiso en el proceso contencioso, no guarda relación ni proporción con los fines que esa carga persigue, pues ello equivale a condicionar la efectividad de la justicia administrativa y la reparación de derechos muchas veces no patrimoniales, sagrados e intangibles, al pago de una deuda patrimonial privada.

8.—Que, aunque la existencia de la obligación de pagarlas es anterior, la posibilidad de cobrar las costas nace con la condenatoria líquida a ellas, que es título ejecutivo, que otorga derecho a perseguir, embargar y rematar sumariamente bienes del litigante vencido, lo que ya es de por sí suficiente garantía en favor de la parte vencedora.

9.—Que, en el peor de los casos para la parte victoriosa, cabría establecer una preferencia de su abogado para cobrarse los honorarios de los productos del juicio, ya no sólo frente al cliente, como ahora lo es, sino también frente a cualquier tercero acreedor.

10.—Que no hay que temer, con ello, que aumente desmesuradamente la cantidad de juicios contra la Administración Pública, pues, por un lado, desalentarlos no es ni puede constitucionalmente ser la finalidad de la garantía de costas y, por otro, hay experiencia acumulada en contrario en la jurisdicción de trabajo, donde, sin esa carga del todo, el volumen de litigios ha crecido razonablemente con el desarrollo económico y social del país, que es lo deseable.

11.—Que, además, obra contra la proliferación irracional de juicios en la jurisdicción contra el Estado y sus entes, un macizo cúmulo de otros obstáculos jurídicos y de hecho, para demandarlos, no sólo por la situación normal de mayor poderío social y económico que la Administración detenta y que hace más temibles sus represalias que las de un simple ciudadano —represalias, por otra parte, tan graves como frecuentes— sino también por el mayor costo que los procesos contenciosos tienen en razón de su mayor cuantía, según la cual esos costos se regulan, y la más severa dificultad técnica que presentan, en razón de la complejidad y novedad de la materia, todo lo cual hace empresa ardua, peligrosa y nada fácil el desarrollo de un proceso contencioso-administrativo.

12.—Que la garantía de costas es en Costa Rica el principal disuasivo contra la instauración de procesos contencioso-administrativos o civiles de hacienda.

Acuerda:

Recomendar se agregue un inciso sexto al art. 100 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que diga así:

“Art. 100, inciso 6: No habrá lugar a exigir garantía de costas en juicios en que sea parte la Administración Pública.

*
* *

El papel sellado en la tramitación judicial

PONENCIA

Ponente: *Lics. Antonio Biolley R.
Alvaro Fernández Silva*

Considerando:

- 1) Que el artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa N° 3667 de 12 de Marzo de 1966 exige que todos los escritos y actuaciones deben extenderse en el papel sellado correspondiente a la cuantía del asunto.
- 2) Que la tónica del legislador viene siendo la de reducir al mínimo los inconvenientes del formalismo y es así como encontramos que, tratándose de esta carga procesal, ella ha sido suprimida en las siguientes legislaciones:
 - a) *Código de Trabajo:*
Artículo 10: Quedan exentos de los impuestos de papel sellado y timbre todos los actos jurídicos, solicitudes y actuaciones de cualquier especie que se tramiten ante el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, ante los funcionarios que actúen en su representación y ante los Tribunales de Trabajo, así como para las legalizaciones que los trabajadores tuvieren que hacer en juicios de sucesión, insolvencia, concurso o quiebra. Igual exoneración regirá para los contratos y convenciones de trabajo, individuales o colectivos, que se celebren y ejecuten en el territorio de la República”.
 - b) *Código de Familia:*
Artículo 6: Quedan exentos de los impuestos de papel sellado y timbre fiscal todos los actos jurídicos, solicitudes y ac-

tuaciones de cualquier clase, que se tramiten o realicen ante los órganos administrativos o judiciales, con motivo de la aplicación de las normas de este Código”.

c) *Código Tributario:*

Artículo 131: (exención del papel sellado y timbres). Todos los trámites y actuaciones que se relacionen con la aplicación de los tributos a cargo de la Administración Tributaria, incluso los que correspondan a recursos interpuestos para ante el Tribunal Fiscal Administrativo, están exentos de los impuestos de papel sellado y timbres.

- 3) Que si “las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones”, fórmula que corresponde al principio general de la *igualdad* de las partes, que está recogido en nuestra Constitución Política en sus artículos 33 y 41 que establecen que:

“Todo hombre es igual ante la Ley...” y

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Deben hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

Sí, precisamente, la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue establecida con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus Instituciones y de toda otra entidad de derecho público, y si nuestra presencia en este Congreso Jurídico Nacional 1975 es la de vincularnos en recíproca confianza para mejorar nuestro sistema judicial, respetuosamente propongo que se reforme el artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme al texto que abajo ofrezco y que la Junta Directiva del Colegio eleve el proyecto a la Asamblea Legislativa para su debido trámite y posterior aprobación, así:

*La Asamblea Legislativa...
Decreta...*

Artículo único.—Refórmase el artículo 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa N° 3667 de 12 de Marzo de 1966, para que en lo sucesivo se lea así:

Artículo 97.—Están exentas del uso del papel sellado, todas las gestiones, trámites y actuaciones que se realicen y extiendan en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda; inclusive, en esta vía, no será necesaria la presentación de papel para ningún trámite”.

I N D I C E

CONGRESO JURIDICO NACIONAL 1975

	Pág.
Presentación	9
Discursos	
Lics. Gonzalo Facio Segreda	17
Eduardo Ortiz Ortiz	25
Rodrigo Oreamuno Blanco	31
Comité organizador	
Comisiones preparatorias	36
Reglamento	39
Ponencias aprobadas	
Igualdad ante la ley	43
Responsabilidad médica	147
Protección de los Derechos humanos en la nueva legislación procesal penal	187
Sucesiones radicadas ante notario	221
Reforma a la sociedad anónima	237
Cargas procesales en lo contencioso administrativo	287